



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA VASCONCELOS MAGALHÃES ANDRADE

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE
CONSTITUCIONALIDADE COMO COROLÁRIO DO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Salvador
2015

CAMILA VASCONCELOS MAGALHÃES ANDRADE

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE
CONSTITUCIONALIDADE COMO COROLÁRIO DO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Marques

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA VASCONCELOS MAGALHÃES ANDRADE

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Gabriel Marques, a Uirá Azevêdo e ao professor Geovane Peixoto, os quais, cada um a seu modo, são meus exemplos e inspiração no exercício do Direito Público.

Ao professor Roberto Gomes e toda a equipe do CEACON no Ministério Público, pela experiência e convívio nesta última etapa da graduação.

A minha família, Maurício e amigos pelo apoio na confecção deste trabalho.

A andorinha e a cobra

Uma andorinha fez seu ninho num tribunal e saiu voando; nisso, uma cobra rastejou-se até lá e devorou os filhotes. Quando retornou e encontrou vazio o ninho, a andorinha pôs-se a gemer desesperadamente. Então outra andorinha tentou consolá-la, dizendo que ela não era a única a quem acontecera perder os filhos. E ela respondeu: “Mas choro não tanto por meus filhos quanto por ter sofrido agressão justamente neste lugar, onde os injustiçados encontram amparo”.

Esopo.

RESUMO

Esta monografia apresenta o fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como corolário do princípio da isonomia. Instrumentalizando tal análise, erige-se digressão acerca do controle de constitucionalidade, bem como de sua evolução histórica nas constituições brasileiras. Outrossim, também são de enfoque do presente trabalho considerações sobre as modalidades incidental e principal do instituto ora em comento, todavia, dando primazia à modalidade incidental. Ademais, a partir de seu conceito, aliado à deliberação senatorial inserta na norma do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988 e também do cotejo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente à abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, enseja-se demonstrar como figura tal fenômeno jurisprudencial como manifestação da justiça substantiva. Neste contexto, consta discussão com o fito de perquirir se foi operada ou não mutação constitucional na norma do artigo supracitado. O método da tópica foi utilizado nesta monografia. A partir de seu conceito, de elucidações sobre os *topoi* jurídicos e extrajurídicos e, por último, da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença depreende-se a relação da tópica com a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. Ante o exposto e sob o influxo teórico da hermenêutica constitucional, é explicado como a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade figura como elemento de concretização do princípio da isonomia, explicitando, igualmente, que é alçada à condição de consectário lógico de tal fenômeno jurisprudencial a modulação dos efeitos da decisão que a origina. Portanto, vislumbra-se a adaptabilidade de tal decisão à jurisdição constitucional brasileira, sobretudo considerando a perspectiva democrática que traduz o fenômeno jurisprudencial sobre o qual se disserta. Assim, com fins de justificação da citada adaptabilidade se remete às elucidações sobre precedentes e também acerca do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade – controle incidental – abstrativização – princípio da isonomia – *topoi* jurídicos – modulação de efeitos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
2.1 CONCEITO	15
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	17
2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL	21
2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PRINCIPAL	25
3. ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE	30
3.1 CONCEITO	34
3.2 DELIBERAÇÃO SENATORIAL PREVISTA NO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	38
3.2.1 Competência senatorial no controle incidental de constitucionalidade – discricionária ou vinculada?	41
3.2.2 Crítica à competência senatorial sob a perspectiva da jurisdição constitucional hodierna	42
3.2.3 Análise da jurisprudência do STF acerca do tema	45
3.3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MANIFESTAÇÃO DA JUSTIÇA SUBSTANTIVA	55
3.3.1 A abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como decorrência de mutação constitucional	58
4 O MÉTODO INTERPRETATIVO DA TÓPICA NA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE	62
4.1 TÓPICA	64
4.1.1 <i>Topoi</i> jurídicos e extrajurídicos no fenômeno da abstrativização	65
4.2 TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA	67

5 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA	.73
5.1 A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL EXARADA NO CONTEXTO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	76
5.2 ADAPTABILIDADE DE TAL DECISÃO JURÍDICA À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	79
5.3 PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA, PRECEDENTES E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	81
6 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito possui como tema a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como corolário do princípio da isonomia.

Trata-se a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade de fenômeno verificado jurisprudencialmente. Neste contexto, erige-se análise hermenêutica constitucional com o fito de perquirir se a origem de tal fenômeno decorreria de mutação constitucional operada no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se, no entanto, a despeito das digressões doutrinárias acerca do tema, que a matéria foi objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, instrumentalizada pela reclamação constitucional nº 4.335.

Apesar de o julgamento de tal reclamação em 20 de março de 2014 ter aduzido que não se perpetuou mutação constitucional sobre a norma do artigo supracitado, o que refuta a existência do fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal permanecem em dissenso quanto ao tema, polarizando-se entre os que tendem a seguir tal fenômeno e aqueles que aduzem sua impossibilidade, como apontam os casos concretos analisados no presente trabalho.

A análise hermenêutica da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade será feita a partir do método interpretativo da tópica. Assim, em cotejo os *topoi* jurídicos e extrajurídicos extraídos de decisões judiciais do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, aliada à técnica da modulação de efeitos, busca-se aclarar a concretização do mandamento nuclear do princípio da isonomia.

Nesta linha de intelecção, o foco deste texto é a demonstração de como a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade e, em última instância, a modulação de efeitos, prestam deferência a um ideal isonômico, considerando as acepções formal e material da igualdade.

Ademais, perpassando pela análise do sistema de controle de constitucionalidade como conceito jurídico-positivo e também pela inerência de tal sistema à ideia de supremacia da Constituição, torna-se factível, mediante a abordagem aqui

pretendida, que o fenômeno jurisprudencial referido anteriormente é consectário da aplicação uniforme da Carta Magna a todos os seus destinatários.

Ante o exposto, a problemática cuja tendência de resolução constará na monografia em apreço remete às seguintes perguntas, a saber: como se concretiza a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como corolário do princípio da isonomia? A abstrativização do controle incidental de constitucionalidade decorre de mutação constitucional?

Em face das explanações anteriormente expostas na análise hermenêutica erigida em tal monografia, é considerada a base axiológica da Constituição – sobretudo o princípio da isonomia – como cerne e resposta ao fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle de constitucionalidade. Nesta linha de intelecção, portanto, que será abordado o tema sobre o qual se disserta.

O presente texto possui este capítulo introdutório e abordará no capítulo dois o instituto do controle de constitucionalidade. A referida abordagem perpassa por seu conceito e evolução histórica nas constituições brasileiras, bem como suas modalidades incidental e principal.

Já no capítulo três erige-se estudo acerca da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, analisando, assim, seu conceito, a deliberação senatorial prevista no artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988 e a conseguinte discussão doutrinária acerca da competência senatorial supracitada, se possui caráter discricionário ou vinculado. Igualmente, é também objeto do capítulo três o modo como tal fenômeno jurisprudencial reflete um ideal de justiça substantiva, bem como o entendimento de que figura o mesmo como decorrência de mutação constitucional operada no citado artigo. Ainda no capítulo ora em comento é feita análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria,

No capítulo quatro o foco é a análise do método interpretativo da tópica na abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, elucidando os *topoi* jurídicos e extrajurídicos no fenômeno jurisprudencial sobre o qual se disserta, assim como a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença.

Por fim, o capítulo cinco se encontra voltado para a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como corolário do princípio da isonomia. Deste modo, considera-se o debate o subtema da modulação de efeitos da decisão judicial

exarada no contexto do referido fenômeno jurisprudencial, bem como sua adaptabilidade à jurisdição constitucional brasileira. Ainda neste capítulo, figuram maiores digressões acerca da perspectiva democrática de tal fenômeno, aliada ao papel dos precedentes no mesmo e sua relação com o Novo Código de Processo Civil brasileiro.

Ao final, no capítulo seis se encontram as conclusões oriundas do presente trabalho monográfico.

2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para fins de compreensão do tema do presente trabalho de conclusão de curso, cumpre elucidar as noções de Constituição e jurisdição constitucional, bem como o instituto do controle de constitucionalidade.

Nesta linha de intelecção, evidencia-se que não é possível afastar o significado de Constituição de sua necessária dependência face ao processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto. Tal processo, por sua vez, ocorre a partir dos novos paradigmas exurgentes que envolvem a produção democrática do direito, da doutrina, e da jurisprudência dos tribunais encarregados da justiça constitucional (STRECK, 2014, p. 37). Portanto, é neste cenário interrelacional que reside a significação da Constituição.

Consoante aponta Kelsen, a despeito das diversas transformações operadas na noção de Constituição, teria sido mantido um núcleo permanente à mesma, a saber, “a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem” (2013, p. 130).

Ademais, gravitando em torno da existência deste princípio supremo, assevera Barroso que a Constituição é tida como o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Sendo assim, é papel da Lei Maior transformar o poder constituinte originário em poder constituído. Instrumentalizando tal transformação, figura a condensação da energia política latente oriunda da soberania popular em poder constituído, mediante sujeição à legalidade jurídica (2012, p. 379-380).

Neste contexto, nítida se perfaz a adequação da argumentação igualmente estruturada por Hans Kelsen, segundo a qual “como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, a aplicação do direito” (2013, p. 125). Portanto, a partir de uma compreensão extensiva das leis, isto é, considerando as leis em sentido amplo (leis, decretos, atos normativos, etc.) e sob o influxo teórico do citado jurista, torna-se visível a necessária compatibilidade das leis à Lei Maior.

Na dicção de Ferrajoli (1999, p. 63-79), remeteria a Constituição a um sistema de regras, substanciais e formais, as quais teriam como destinatários os mesmos titulares do poder. Nesta linha de intelecção, salienta Streck (2014, p. 113) que as

Constituições não representam tão-somente o complemento do Estado de Direito mediante extensão do princípio da legalidade a todos os poderes, incluindo o Legislativo. Assim, aduz o referido autor que as Leis Fundamentais **são**, consistem, igualmente, em programas políticos para o futuro, ao passo em que impõem a todos os poderes imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação e, de outro lado, de deslegitimação.

Ademais, no sentido acima exposto se posiciona Streck (2014, p. 529), para o qual qualquer ato judicial seria ato de jurisdição constitucional. Assim, explica que caso se opte pela compreensão do sistema jurídico a partir da Constituição, pode-se afirmar que o juiz sempre faz jurisdição constitucional, haja vista ser dever de todo magistrado o exame da compatibilidade do texto infraconstitucional com a Lei Maior.

Logo, infere-se com clareza que é na defesa da Constituição que emerge o controle de constitucionalidade. Ressalta Luís Roberto Barroso, inclusive, que “mesmos nos casos de controle de constitucionalidade em tese – isto é, de discussão acerca da validade abstrata de uma lei –, o Judiciário estaria fazendo prevalecer a vontade superior da Constituição” (2012, p. 381).

Nesta seara, vislumbra-se a jurisdição constitucional como mecanismo de efetivação de tal controle, que ocorre mediante aplicação indireta da Constituição, isto é, quando a Lei Maior é tida como referencial para a atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade (BAROSSO, p. 2012, p. 25).

Acerca da jurisdição constitucional figura crítica de Lênio Streck (2014, p. 113), asseverando que a Constituição – enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais –, dependeria essencialmente de mecanismos que garantam condições de possibilidade para implementação de seu texto. Ante o exposto, evidencia-se o papel da jurisdição constitucional mediante a instrumentalização dos direitos constitucionais e a conseguinte aferição da compatibilidade ou não das leis face o texto constitucional, configurando, igualmente, a justiça constitucional. Sobre as novas conotações assumidas pela justiça constitucional, aduz Streck que:

Torna indispensável reconhecer a necessidade da intervenção de um poder (no caso, o Judiciário ou os Tribunais Constitucionais não pertencentes – stricto sensu – ao Judiciário), mediante o instrumento do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, é preciso analisar e compreender o papel destinado à Justiça Constitucional no confronto com e entre os poderes do Estado, seus limites através da jurisdição constitucional, bem

como as condições de possibilidade da assim denominada “liberdade de conformação do legislador” (2014, p. 116-117).

Invocando um argumento que aduz ser o ordenamento jurídico um sistema, o qual pressupõe ordem e unidade, assevera Barroso (2004, p. 1) que a quebra da harmonia no mesmo enseja a atuação de mecanismos de correção e reestabelecimento. Neste contexto localiza o autor o controle de constitucionalidade, conceituando-o como a verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer outro ato normativo infraconstitucional face a Constituição.

Portanto, em sendo caracterizada a inconstitucionalidade, preconiza Barroso que o ordenamento jurídico estabelece um conjunto de medidas que objetivam sua superação, dentre estas, a declaração de inconstitucionalidade. Para o referido autor, tal declaração consistiria no reconhecimento da invalidade de uma norma tendo como finalidade a paralisação de sua eficácia (2004, p. 1).

Consoante aponta Buzanello, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade designariam um conceito relacional que se estabelece entre uma norma constitucional e outra que não lhe é conforme, configurando incompatibilidade formal e material (1997, p. 30). Neste diapasão, acrescenta o referido autor, sob a fundamentação teórica da moderna doutrina do Direito, que seria quase uníssona a premissa de que a problemática da constitucionalidade das normas encontraria resolução da aplicação do princípio da supremacia da Constituição.

Outrossim, para Barroso também desdobrar-se-iam como premissas do controle de constitucionalidade a supremacia e rigidez constitucional (2004, p. 1).

Em síntese, o mandamento nuclear do princípio da supremacia da Constituição assevera que a validade das normas dependeria de sua adequação à norma hierárquica superior. Portanto, assenta Buzanello “todo ato ofensivo à Constituição é inconstitucional, juridicamente ineficaz, por força do princípio da hierarquia que impõe uma verticalidade de valores normativos” (1997, p. 30). Assim, de tal escalonamento axiológico surgiriam dois institutos jurídicos, a saber: a hierarquia normativa e o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, Buzanello aduz que a sistemática do controle de constitucionalidade seria, antes de tudo, uma técnica político jurídica de limitação do poder, impondo limites ao legislador e aos demais poderes e órgãos públicos (1997, p. 30). As especificidades

inerentes a esta sistemática serão expostas a seguir, mediante conceituação do instituto sobre qual se disserta.

2.1 CONCEITO

O controle de constitucionalidade foi objeto de conceituação enunciada por Dirley da Cunha Júnior. Assim, para o referido autor seria tal controle compreendido como “atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados” (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 40).

O controle sobre o qual se disserta, portanto, seria consectário da supremacia da Constituição. Insetos em tal contexto, na dicção do supracitado autor, estariam os pressupostos da citada atividade fiscalizatória de validade e compatibilidade com a Constituição das leis e atos do poder público, quais sejam: a existência de uma Constituição formal; a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e a instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 41).

A despeito de tais explanações, há de se considerar com precisão a definição de inconstitucionalidade, posto que esta figura como cerne do que se pretende reprimir através do controle de constitucionalidade, seja ele em sua modalidade *incidenter tantum* ou *principaliter*. À vista desta premissa, aduz Zavascki o equívoco do ideal apriorístico que reduz a inconstitucionalidade à mera incompatibilidade da norma com a Carta Magna (2012, p. 13).

Ademais, inserta nesta abrangente concepção de inconstitucionalidade, seja ela perpetuada pelo particular, pela Administração Pública ou pelo juiz, é factível que a mesma não pode prosperar, ante a previsão do controle pelo Poder Judiciário. Assim, é visível a deferência que denota tal Poder do Estado instrumentalizado pela atuação da jurisdição constitucional, a qual realiza atividade que “congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais” (ZAVASCKI, 2012, p. 14).

Ante o exposto, é factível o sistema de autoproteção criado pela Constituição em face de suas normas. Consoante explana Zavascki, a própria Lei Maior assegura aos cidadãos “o direito de demandar em juízo as providências necessárias para ver afastada a ameaça ou ver sanada a lesão decorrente de ações ou omissões constitucionais” (2012, p. 14), vide art. 5º, XXXV, da CF/1988¹.

Inobstante o quanto preconizado, acresce a uma ampla compreensão da definição de inconstitucionalidade o mandamento nuclear do princípio da supremacia da Constituição, uma vez que são pressupostos complementares e necessários ao controle de constitucionalidade e à salvaguarda da Lei Maior.

Disserta Luís Roberto Barroso (2004, p. 371), que o princípio da supremacia da Constituição não possuiria conteúdo próprio, pois seu mandamento nuclear, em suma, preconizaria a prevalência da norma constitucional. Nesse sentido, informa o referido Ministro do Supremo Tribunal Federal que o princípio em tela sedimenta tanto a não aplicação de uma norma que se verifica inconstitucional casuisticamente – remetendo ao controle incidental de constitucionalidade –; bem como assenta a paralisação da eficácia de norma que se encontre em situação de incompatibilidade face ao sistema constitucional, mediante atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão que declara tal inconstitucionalidade – remetendo ao controle *principaliter* de constitucionalidade ou por ação direta.

Entretanto, não obstante o papel essencial da supremacia da Constituição como noção estruturante do controle de constitucionalidade, aduz Lênio Streck que uma concepção renovada do ideal de supremacia constitucional “vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade” (STRECK, 2004, p. 101). Neste contexto, assevera o referido autor que uma nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição enquanto norma fundamental de garantia ao lado da noção de Constituição como norma diretiva fundamental.

Por fim, cabe trazer a sistemática do controle de constitucionalidade de normas enunciada por Teori Albino Zavascki (2012, p. 16-20). Segundo o referido autor, o objeto das ações que versem de modo *incidenter tantum* ou *principaliter* incompatibilidade formal ou material com a Constituição podem ser reunidas a partir

¹ Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Constituição Federal brasileira de 1988.

da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade de preceitos normativos decorrentes de ação legislativa ou mediante fiscalização de ação normativa. A despeito disso, o controle de inconstitucionalidade por omissão consubstanciar-se-ia nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ora instrumentalizando-se, igualmente, através mandado de injunção.

Todavia, ressalta-se que a delimitação de objeto do presente trabalho de conclusão de curso reside no controle de constitucionalidade incidental ou difuso², que, como se verá posteriormente, não aprecia a inconstitucionalidade como objeto principal do processo, apreciando-a, todavia, como questão incidental num processo. Neste contexto, figura como crítica enunciada por Zavascki (2012, p. 20) que o controle difuso representaria, hodiernamente, significativo marco de afirmação da autonomia do Poder Judiciário.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Sob um enfoque temporal, Gustavo Binebojm (2014, p.121-128) traçou as expressões do controle de constitucionalidade na história da ordem constitucional brasileira. Consoante tal panorama, informa o autor que na Carta Política de 1824 não houve manifestação de tal controle judicial, visto que ao invés da supremacia da Constituição, figurava a supremacia do Parlamento.

Neste contexto histórico da Constituição imperial de 1824, informa Andreo Marques que pertencia ao âmbito de atribuições do Poder Legislativo o exercício da guarda da Constituição. Contudo, a despeito disso, não havia descrição jurídica de qualquer mecanismo que instrumentalizasse a referida atribuição (CLÉVE, p. 81, 2000), de modo que, verdadeiro controle de constitucionalidade não se concretizava.

Na Constituição Republicana de 1891, por sua vez, foi introduzido o controle judicial constitucionalidade de modo *incidenter tantum*, ou seja, em sede de processo já

² Cumpre elucidar que o controle incidental de constitucionalidade não é sinônimo de controle difuso, embora venha a ser tratado doutrinariamente como expressões equânimes. Conceitualmente, o controle por via incidental é aquele realizado na apreciação casuística, enquanto o controle difuso seria aquele efetuado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição (BARROSO, 2014, p. 72-37). A despeito de tal elucidação técnica, as expressões controle difuso e controle incidental serão utilizadas como sinônimas no presente trabalho de conclusão de curso.

existente, no entanto, como questão incidental. Nesta linha de inteligência, aduz Dirley da Cunha Júnior a influência da doutrina norte-americana da *judicial review*, em tal posituação, visto que foi adotado “sistema no qual todos os juízes e tribunais eram responsáveis, por ocasião do julgamento de uma demanda concreta, pela garantia da Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 295).

Assim, consoante assenta Marques, sob a égide da Constituição de 1891 “vigora no Brasil o controle de constitucionalidade difuso, sendo pacificamente aceito o poder dos juízes para dizer se o ato normativo está em conformidade ou não com a Lei Suprema” (MARQUES, 2006, p. 18).

Já no Texto Magno de 1934, houve o condicionamento da eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, sejam federais ou locais, ao voto da maioria absoluta dos membros dessas cortes (BITTENCOURT, 1997, p. 50).

Em suma, a partir de tal inovação objetivou-se a conferência de efeito geral às decisões mediante a atribuição de competência ao Senado Federal. Neste contexto, o referido órgão político estaria autorizado a suspender, no todo ou em parte, a execução de ato jurídico declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, figura a crítica de Binbenojm, para o qual a posituação de tal competência senatorial denotaria a correção do sistema de controle unicamente difuso que até então prevalecia a partir da atribuição de efeitos gerais às decisões judiciais de inconstitucionalidade (2014, p. 125).

Ainda no campo das inovações em matéria de controle de constitucionalidade, agora, contudo, em sua modalidade concentrada – que será explicada posteriormente – cabe ressaltar que a Constituição de 1934 efetuou posituação da representação interventiva. Esta era intentada pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, “como forma de resolução de conflitos adequada ao pacto federativo, todas as vezes que o Estado federado afrontasse os denominados princípios sensíveis da Constituição” (MARQUES, 2006, p. 20). Entretanto, explicita o citado autor, sob o influxo teórico de Cléve, a dependência da lei de intervenção da lavra do Senado Federal e da apreciação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal como pressupostos necessários da representação interventiva (2006, p. 20).

Embora se reconheça doutrinariamente que o controle concentrado de constitucionalidade teria sido inaugurado na ordem jurídica brasileira somente em 1965, através da Emenda Constitucional nº16/1995, vide entendimento esposado por Beçak (2006, p. 4), Zeno Veloso (2003, p. 33) e Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 132), cabe ressaltar que a representação interventiva positivada em 1934 já representava um tipo de controle concentrado, todavia, *in concreto*.

Consoante aponta Cléve (2000, p. 86), a Constituição de 1937 manteve, a princípio, o modelo de fiscalização da constitucionalidade positivado em 1891, reproduzindo, igualmente, a exigência do quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, pelos tribunais, de lei ou ato do Presidente da República.

A despeito do anteriormente exposto, a Lei Maior de 1937 foi omissa quanto à representação interventiva e também quanto à competência senatorial consistente na suspensão dos efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Deste modo, conforme contundente crítica de Cléve (2000, p. 85), tal Carta Política figurava-se como uma “Constituição semântica”, vide tipologia enunciada por Karl Loewenstein na sua “Teoria da Constituição”. Justifica-se tal assertiva na medida em que a ordem jurídica instaurada pela referida Carta visava atenuar a supremacia do Poder Judiciário, fazendo preponderar a função executiva. O Legislativo, por sua vez, restava em detrimento da vasta legislação mediante decreto-lei, faculdade esta positivada no art. 96, parágrafo único da Constituição de 1937³.

Ademais, na Constituição de 1946, houve a manutenção do sistema incidental acima referido, assim como a citada competência do Senado Federal. A despeito disso, foi positivada a representação interventiva. Assim, sob o influxo teórico de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 295), tem-se que em novembro de 1965, por força da Emenda Constitucional nº 16 à Constituição de 1946, teria sido inaugurado no Brasil o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais, como decorrência da criação da representação genérica de inconstitucionalidade. Tal representação equivale, em perspectiva hodierna, à ação

³ Art. 96. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. Constituição federal brasileira de 1937.

direta de inconstitucionalidade por ação, todavia, era instaurada através de provocação do Procurador-Geral da República.

A ADIn, nos moldes propostos pela Constituição de 1946, permitiria a ampla fiscalização da constitucionalidade de toda e qualquer lei, bem como todo e qualquer ato de natureza normativa, seja federal ou estadual, conforme explicações de Marques (2006, p. 21) e Cléve (2000, p. 87). Assim, estavam fincadas as bases do controle concentrado de constitucionalidade, sobre o qual se dissertará oportunamente.

Posteriormente, com as Cartas Políticas de 1967, conjuntamente com a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, foi mantida a coexistência dos sistemas de controle incidental-incidental e concentrado-abstrato (BINENBOJM, 2014, p. 127).

Em verdade, é factível a involução oriunda do contexto político instaurado com a Constituição de 1967 e, posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 01 de 1969. Reflexo de tal involução se expressa, sobremaneira, com a retirada do dispositivo que autorizava a representação de inconstitucionalidade genérica em âmbito estadual e também com a transferência da competência para suspensão do ato estadual inserto no contexto da representação interventiva para o Presidente da República (CLÉVE, 2000, p. 89).

Ademais, a análise crítica de Cléve aponta que a Emenda nº 1 de 1969 não alterou substancialmente o sistema de controle de constitucionalidade. Admitiu tal Carta Constitucional, todavia, a instituição pelos Estados-membros de representação interventiva, para “nos moldes do modelo federal, provocar a fiscalização de constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios sensíveis elencados na Constituição Estadual” (2000, p. 89). A admissão do controle de constitucionalidade de lei municipal, no caso, seria feita pelo Tribunal de Justiça do Estado (STRECK, 2014, p. 521).

Culminando como marco democrático, por fim, emerge a Constituição de 1988, mantendo a fórmula de controle misto de constitucionalidade “agregando a ação de inconstitucionalidade por omissão, inspirada no constitucionalismo português e iugoslavo (antes da desintegração da federação)” (STRECK, 2014, p. 526), bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional nº 03/1993.

Assim, em visível aperfeiçoamento do sistema judicial do controle de constitucionalidade, unindo a manutenção dos sistemas acima citados, aduz Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 296) que a Constituição de 1988 ampliou significativamente o modelo concentrado-principal de controle de constitucionalidade. Justifica-se: mediante a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aliada à ampliação da legitimidade ativa para propositura de tal ação, bem como da ação direta de inconstitucionalidade por ação, associada, ainda, à positivação da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, por último, à manutenção da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, erigiu-se efetivo sistema de guarda e proteção da Constituição.

2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL

As origens históricas do controle incidental remontam ao célebre caso *Marbury versus Madison* apreciado pela Suprema Corte norte-americana em 1803, conforme relata Zeno Veloso (VELOSO, 2007, p. 136) e também Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 119).

O *justice Marshall*, salienta Veloso, foi determinante na fixação de duas premissas básicas para a lógica do controle incidental. Assim, tal ilação decorreu do seguinte questionamento, a saber: ou a Constituição seria uma lei superior, soberana, sendo vedada sua reforma através de processos comuns, ou se nivelaria com os atos da legislação ordinária, e, como tal, seria passível de reforma ao sabor da legislatura (VELOSO, 2007, p. 136-137).

A factível conclusão de *Marshall* veio a permear todo ordenamento jurídico norte-americano. Outrossim, é visível sua influência no ordenamento jurídico brasileiro foi “que a Constituição escrita é a lei fundamental e suprema da nação, sendo nulo qualquer ato legislativo ofensivo da Constituição” (VELOSO, 2007, p. 137).

Consoante exposto na evolução histórica erigida no tópico anterior, esse modelo de controle foi adotado no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei Maior de 1891, havendo sua recepção pelas Constituições posteriores.

O procedimento que materializa a alegação de inconstitucionalidade que consubstancia o controle difuso, em verdade, não é a demanda principal, uma vez que tal pretensão pertence ao campo do controle abstrato de constitucionalidade. Conforme assenta Streck, “a controvérsia da inconstitucionalidade tem cabimento e pertinência, no controle difuso, se tiver conexão com o objeto da demanda” (2004, p. 459). Contudo, ressalva o autor, sob o influxo teórico de Zeno Veloso, que o exame da referida controvérsia deve ser imprescindível e necessário ao julgamento do pleito.

Em face de estruturação do controle difuso de constitucionalidade figura pertinente crítica de Streck para o qual, convivendo tal modalidade de controle acoplada a um amplo sistema de controle concentrado, representaria o mesmo um importante instrumento de filtragem constitucional. A referida filtragem sobreleva, evidentemente, a concretude da jurisdição constitucional. Sendo assim, conforme assenta o citado autor, alcançaria desde a “simples expunção de um texto inconstitucional até a correção de textos através de institutos da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” (STRECK, 2014, p. 529).

O modelo constitucional brasileiro, instrumentalizado pela legislação processual civil, aduz ser a inconstitucionalidade em sede de controle incidental questão prejudicial no processo. Deste modo, “o juízo de inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente, por ser relevante e necessário para saber se a lei vai ser aplicada ou não ao caso concreto” (VELOSO, 2007, p. 137). Essa espécie de controle, assevera Zavascki, teoricamente, pode ocorrer em qualquer processo submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal. A despeito disso, a via mais utilizada é a do recurso extraordinário (2012, p. 25).

Ademais, Cléve explicita com clareza o procedimento que materializa a suscitação da questão constitucional em apreciação *incidenter tantum*. Segundo o referido autor, é evidente que no direito brasileiro que a questão constitucional pode ser suscitada pelo réu em ocasião de resposta – contestação, reconvenção, exceção –; por terceiro que adentra a relação processual e, ainda, pelo autor na exordial da ação, seja qual for sua natureza (civil, trabalhista, eleitoral) (2000, p. 97).

Todavia, aduz Cléve a ausência de normatização específica acerca do procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade no primeiro grau de jurisdição. Deste modo,

conclui o autor que a questão de inconstitucionalidade no primeiro grau se daria de modo análogo às demais questões prejudiciais de mérito “que emergem no processo para robustecer uma pretensão ou a resistência a uma pretensão deduzida em juízo por alguém” (2000, p. 105).

Reconhecida judicialmente a inconstitucionalidade de modo *incidenter tantum*, será afastada aquela norma que, casuisticamente, suscitou o controle de constitucionalidade. Todavia, com isso não recairá sobre a mesma a invalidade, não havendo, igualmente, eficácia *erga omnes*. Neste contexto, a eficácia da sentença exarada em sede de controle de constitucionalidade incidental não surtirá efeitos fora da relação jurídica que lhe deu ensejo.

Mediante evidente inspiração pelo paradigma norte-americano, tem-se que o controle incidental, na jurisdição constitucional brasileira, é provocado pelo que denomina via de exceção ou via de defesa. Assim, na dicção de Cunha Júnior, remete tal via ao “sentido amplo que abrange qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 120), sendo irrelevante, segundo o referido autor, se esta é intentada pelo polo ativo ou passivo da ação.

Nesta linha de intelecção, Streck acrescenta que “qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional” (STRECK, 2004, p. 456). Todavia, a despeito de o controle difuso ser passível de realização por qualquer órgão jurisdicional, aduz o referido autor a distinção entre o controle operado incidentalmente pelos tribunais em comparação com o controle *incidenter tantum* exercido por juízes singulares.

Deste modo, salienta Streck que o juiz, diferentemente dos tribunais, não declara a inconstitucionalidade do texto normativo. A atividade daquele, em verdade, residiria no ato de afastar a aplicação da norma eivada de inconstitucionalidade. Por outro lado, aduz que nos tribunais de segunda instância o controle incidental efetua-se de modo diverso, mediante a instalação de um incidente de inconstitucionalidade. Assim, instalado tal incidente, há a suspensão do processo e a remessa da questão constitucional ao órgão especial do tribunal e do acórdão. Ademais, é factível a indispensabilidade do quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, vide art. 97 da Constituição Federal⁴ (2004, p. 456).

⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público. Constituição Federal brasileira de 1988.

Ademais, cumpre elucidar a eficácia das decisões no controle incidental de constitucionalidade. Consoante posituação na legislação instrumental civil, assente reside a consequência jurídica de que as sentenças exaradas em sede de jurisdição constitucional incidental possuem, em regra, força vinculante “nos limites da lide”, vide art. 468 do CPC⁵ (ZAVASCKI, 2012, p. 25).

Todavia, Zavascki excepciona a assertiva geral e comum que consiste na atribuição de efeitos *inter partes* às decisões de mérito prolatadas em processos de controle de constitucionalidade *incidenter tantum*. Assim, aduz o referido autor que, em havendo a juízo positivo ou negativo por parte do julgador para conclusão acerca da validade de uma norma, tal decisão ganharia contornos juridicamente diferenciados em virtude dos princípios constitucionais que pode envolver (2012, p. 26).

De todo o exposto, uma consideração há de ser feita. Como cedo, os preceitos normativos são dotados essencialmente do atributo da generalidade, portando, deste modo, a fixação de um comando hipotético aplicável a uma potencialidade genérica de situações fáticas. Nesta linha de intelecção, é factível que o questionamento da legitimidade de um preceito normativo em âmbito de controle incidental de constitucionalidade desestrutura sua potencial incidência em situações fáticas semelhantes, consoante aponta Zavascki (2012, p. 26).

A peculiar exceção aqui exposta assume nítida relevância na presente monografia, posto que seu fundamento reside no princípio da isonomia “cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais” (ZAVASCKI, 2012, p. 26).

Outrossim, o princípio da segurança jurídica desponta como pilar dessa nova situação jurídica desenhada no controle *incidenter tantum* de constitucionalidade.

Os princípios sobre os quais se disserta, assevera Zavascki, “são razões a demonstrar que as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva” (2012, p. 26).

É neste exato contexto axiológico que o sistema normativo brasileiro vem sendo alterado paulatinamente nos últimos anos com o fito de conferir “cada vez em maior

⁵ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

extensão e profundidade, força vinculativa aos precedentes das Cortes Superiores, principalmente aos produzidos pelo STF” (ZAVASCKI, 2012, p. 48).

Nesta linha de inteligência, constata-se a “dessubjetivação” dos julgamentos que hodiernamente revestem-se de uma acepção eminentemente objetiva. Considera-se, assim, a importância atribuída aos precedentes do Superior Tribunal Federal – mesmos àqueles decorrentes de processos não objetivos (DIDIER, 2006, p. 124).

Ademais, será demonstrado em tópico específico como o fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental figura como corolário do princípio constitucional da isonomia.

2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PRINCIPAL

O controle de constitucionalidade principal, também denominado pela expressão controle concentrado, encontra suas origens históricas na Constituição austríaca de 1920, a qual positivou algumas das concepções de Kelsen (VELOSO, 2007, p. 137), como será visto a seguir.

Nesta linha de inteligência, acresce que o exercício do citado sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade consubstanciava-se na atuação de uma Corte ou Tribunal Constitucional com competência exclusiva para tal mister. Seu procedimento, por sua vez, instrumentalizar-se-ia mediante processo específico e principal de competência exclusiva.

Na dicção de Binenbojm, o sistema de jurisdição constitucional concentrada difere-se em essência do sistema difuso “pela atribuição da fiscalização da constitucionalidade das leis, em caráter exclusivo, a um único órgão jurisdicional – mas não necessariamente integrante da estrutura do Poder Judiciário” (2014, p. 35-36), que seria criado exatamente para o desempenho de tal atribuição.

Kelsen aduz a contradição em termos que reside na afirmação de que uma lei poderia ser, simultaneamente, válida e contrária à Constituição, posto que, evidentemente, uma lei válida necessariamente encontra fundamento na Lei Maior (KELSEN, 2009, p. 300). Assim, informa o referido autor que uma lei inválida poderia ser revogada de dois modos, a saber: pelo processo usual, contemplando a máxima

lex posterior derogat priori e, por outro lado, por um processo especial enunciado constitucionalmente.

Acresce que Binenbojm discorre sobre a concepção de Kelsen acerca da inconstitucionalidade das leis em abstrato. Segundo interpretação do referido autor, portanto, a inconstitucionalidade da lei não seria algo passível de redução a um “mero reconhecimento” por qualquer juiz ou tribunal em relação a uma situação jurídica preexistente de nulidade. Ao contrário, haveria a validade da lei constitucional até sua anulação mediante processo próprio em órgão dotado de competência, ambos definidos em sede constitucional, a saber, o procedimento específico e a competência do órgão de controle concentrado (BINENBOJM, 2014, p. 36).

Na dicção de Dias de Souza (2007, 193), diferentemente do modelo americano, no qual a justiça constitucional era confiada a um conjunto difuso de órgãos jurisdicionais, no modelo europeu a justiça constitucional era atribuída a uma corte especializada, em regra situada fora do Poder Judiciário ordinário, o qual possuiria competência para o exercício do controle de constitucionalidade das leis.

Em verdade, primava tal modelo em sua origem por um ideal de segurança jurídica, considerando que com a concentração da citada atribuição da justiça constitucional a um único tribunal afastaria o risco de se ver determinada lei tida por inconstitucional por alguns juízes e tribunais e por outros não.

De todo o exposto, o controle de constitucionalidade abstrato proposto por Kelsen seria um processo especial para a revogação da lei, consoante requisitos específicos dispostos constitucionalmente. Além disso, tal processo especial, consoante exposto anteriormente, seria alternativo ao processo usual, consistente, em verdade, na edição de outra lei em virtude da aplicação da máxima contida no *lex posterior derogat priori*. (KELSEN, 2009, p. 300-304).

Conforme aponta Dirley da Cunha Júnior, a jurisdição constitucional no controle concentrado despontou no direito brasileiro, a despeito de ter se instalado definitivamente com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, a partir da criação da representação interventiva de competência decisória exclusiva do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis (2014, p. 167).

Todavia, conforme acima exposto, foi com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 que o controle principal das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Lei Maior foi instrumentalizado, considerando, sobretudo, a positivação da representação genérica de inconstitucionalidade, atualmente designada de ação direta de inconstitucionalidade por ação (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 167).

Os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade são exercidos com exclusividade pelo Superior Tribunal Federal, no que se refere à Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito das Constituições Estaduais, explica Zavascki (2012, p. 51).

Neste contexto, mediante análise comparativa da evolução do instituto em comento em Constituições brasileiras anteriores, é factível a significativa ampliação operada no rol dos legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade bem como no que tange à ação declaratória de constitucionalidade expressas no art. 103 da Constituição Federal de 1988⁶. Ademais, assevera Zavascki que “a outorga de tão ampla legitimação ativa acabou emprestando ao controle concentrado uma dimensão social e um significado prático que antes não tinha” (2012, p. 52).

Tais ações caracterizam-se pela análise de modo *principaliter* a inconstitucionalidade de atos normativos em reta de colisão com a Lei Maior, seja formal ou materialmente. Assim, há a atuação da jurisdição com o fito de tutelar a própria ordem constitucional, instrumentalizada mediante solução de controvérsias concernentes à legitimidade de uma norma jurídica abstratamente considerada, a despeito de sua incidência em suportes fáticos específicos (ZAVASCKI, 2012, p. 53).

O processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade são regulamentados pela Lei 9.868/1999, cujas linhas essenciais, assevera Zavascki, já vinham sido traçadas pela jurisprudência e pelo Regimento Interno do Superior Tribunal Federal (2012, p. 53).

⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Constituição Federal brasileira de 1988.

Há de se ressaltar, todavia, sob o influxo teórico de Zavascki, que tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a declaratória de constitucionalidade possuem natureza dúplice, a saber, ambas ostentam aptidão para firmar, quando apreciadas em seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que lhes suscitou, vide art. 24 da Lei 9.868/1999⁷. Ademais, tal natureza dúplice em sede de controle de constitucionalidade concentrado evidenciaria que, quaisquer de tais ações seria, simultaneamente, “instrumento para afirmação do direito, quando declara a constitucionalidade de suas normas, e de ‘autopurificação’ do direito, quando declara a sua inconstitucionalidade” (2012, p. 56-57).

Por fim, há de se dissertar sobre a eficácia das sentenças que afirmam a constitucionalidade de norma em sede ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. É evidente que tal sentença de mérito terá natureza declaratória e eficácia *ex tunc*, isto é, produzindo efeito retro-operantes. Consoante remete Zavascki a voto proferido na ADI 2, RTJ 169/780, “O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou o que era. Por isso seu efeito é *ex tunc*” (2012, p. 63).

Ademais, acresce no contexto explanado a força vinculante e a ostentação de eficácia *erga omnes* da declaração da (in)constitucionalidade de ato normativo abstratamente considerado.

A força vinculante, como se depreende dos arts. 102, § 2º, da CF/88⁸ e 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999⁹, padroniza a atuação dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública quanto à matéria que deu ensejo ao processo de jurisdição constitucional em sua modalidade concentrada. A eficácia *erga omnes*,

⁷ Art. 24. Proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. Lei federal 9.868 de 10 de novembro de 1999.

⁸ Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Constituição federal brasileira de 1988

⁹ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Lei federal 9.868 de 10 de novembro de 1999.

por sua vez, remete à extensão dos limites subjetivos da lide, alcançado a todos, impedindo interpretações divergentes (GRINOVER, 1998, p. 15).

3. ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Para fins de elucidação do que vem a ser a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade faz-se mister tecer algumas considerações sobre a perspectiva do ativismo judicial.

O contexto histórico hodierno no qual desponta o ativismo judicial não poderia ser o mais propício, posto que o pós-positivismo sedimenta-se na concretização de um Estado Democrático de Direito, “o que só é possível, dentro da contemporaneidade, em um modelo de constitucionalismo adequado para essa finalidade” (PEIXOTO, 2013, p. 85).

Tangenciando o surgimento do ativismo judicial, é acrescida à posição de Peixoto a crítica de Streck, para o qual a presença da Constituição como norma diretiva fundamental aduz a necessidade da definição de deveres substanciais dos poderes públicos que transcendem a mera defesa e garantia dos direitos e liberdades (2014, p. 112). Neste contexto, preleciona o referido autor que uma releitura do constitucionalismo, vide fragmento a seguir:

[...] a doutrina do constitucionalismo já não pode ser somente doutrina do governo limitado, senão também uma doutrina dos deveres do governo, como é o caso dos direitos sociais em relação ao valor constitucional de igualdade a promover e realizar (STRECK, 2014, p. 112-113).

No entanto, o que viria a ser o ativismo judicial? Em resposta a tal questionamento figura a lição de Gonet Branco, ao analisar a doutrina e a jurisprudência perquirindo o fugidio conceito ora objeto de questionamento. Deste modo, assevera que no Brasil haveria uma pré-compreensão de que o referido fenômeno teria relação com o desenho de separação dos poderes, bem como com o exercício de atribuições do Poder Judiciário em desarmonia com algum esquema de divisão de tarefas (BRANCO, 2013, p. 393).

Acompanhando o influxo teórico de Gonet Branco, Elival Ramos aduz que o ativismo judicial coadunar-se-ia a “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa” (RAMOS, 2010, p. 107).

Nesta linha de intelecção, cumpre abordar o fenômeno da judicialização. Para Barroso (2012, p. 366), esta remeteria às questões relevantes do ponto de vista

político, social ou moral cuja decisão em caráter final seria direcionada ao Poder Judiciário. Em crítica ao supracitado fenômeno, salienta o referido autor que essa expansão da jurisdição, bem como do discurso jurídico, constituiria drástica mudança no modo de pensar e praticar o direito no mundo-romano germânico.

Assim, tal fenômeno de caráter mundial vem alcançando, inclusive, países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês, ao qual são inerentes a soberania parlamentar e a ausência de controle de constitucionalidade. Portanto, o que se reflete, em apertada síntese, é “a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito” (BARROSO, 2012, p. 367).

Todavia, não se elementos equânimes a judicialização o ativismo judicial. A judicialização figura como um fato ou circunstância do desenho institucional. O ativismo, por sua vez, configura uma atitude ou escolha de um modo específico e proativo de interpretação da Constituição, mediante expansão de seu sentido e alcance (BARROSO, 2012, p. 372).

Inobstante tais explanações, emerge a crítica de Nóbrega, a qual versa sobre uma das consequências da referida prática judicial no cenário nacional. Assim, a citada autora aduz o aumento quantitativo do número de processos que adentram o Supremo Tribunal Federal, veiculando, todavia, matérias que não são próprias de uma Corte Constitucional (2010, p. 7635).

Outrossim, expõe Barroso (2012, p. 372-376) algumas objeções opostas, ao longo tempo, à expansão do Poder Judiciário nos estados constitucionais contemporâneos. Tais objeções decorrem de críticas de ordem político-ideológica; referentes à capacidade institucional e relativas à limitação de debate.

A primeira, portanto, salienta a dificuldade contramajoritária, haja vista que a sobreposição das instâncias judiciais em detrimento das instâncias políticas não é dotada de vontade popular. Ademais, é factível que a instância judicial ocupa, tradicionalmente, posição conservadora no quadro das distribuições de poder e de riqueza no meio social. Deste modo, a judicialização pode ser vista como atitude reacionária à participação popular e à política majoritária (BARROSO, 2012, p. 373).

Também no contexto da dificuldade contramajoritária residem as elucidações de Alexander Bickel (1986), o qual, em evidente crítica ao ativismo judicial, caracteriza

metaforicamente o Poder Judiciário como o mais fraco dos poderes. Deste modo, compreendia a política como uma projeção da maioria. Em sendo assim, o governo devia observância a tal “majoritarismo”, o refletia inegavelmente nos Poderes Executivo e Legislativo.

A crítica referente à capacidade institucional, por sua vez, remete à determinação de qual instância do poder estaria mais habilitada à produção de decisões acerca de uma dada matéria. Estando os magistrados usualmente preparados para a realização da justiça casuística, também denominada microjustiça, não há como afastar eventuais efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis decorrentes de tais decisões (BARROSO, 2012, p. 374-375).

Por fim, a crítica relativa à limitação do debate ocorrido na judicialização perpassa a transferência do debate público para a instância judicial, trazendo “uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão” (BARROSO, 2012, p. 376).

Seguramente, visualiza-se com facilidade o entrechoque acerca do ativismo judicial entre seus defensores e aqueles que o repudiam. O que o rejeitam argumentam com fundamento na ruptura com o princípio da separação de poderes em detrimento do Estado Democrático de Direito. Seus defensores, por sua vez, atribuem-lhe a qualidade de sanear eventuais desvios ocorridos no modelo de repartição de poderes (BRANCO, 2013, p. 394).

Assim, é possível visualizar a face da realidade brasileira, na qual coexistem uma sociedade carente de realização de direitos e uma Constituição que garante estes direitos da forma mais ampla possível. É factível, portanto, uma esdrúxula inversão valorativa, na qual o Estado Democrático de Direito “resignifica” a lei, tornando-a, “privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica” (STRECK, 2014, p. 100-101).

Portanto, ante tais digressões acerca da legitimidade e coexistência pacífica dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visível se torna a consolidação de um paradigma de democracia hodierna que considera, acima de tudo, a Constituição como o “elo conteudístico que une ‘política e direito’, em um determinado Estado”

(STRECK, 2004, p. 111), sendo também perceptível sua contraposição às maiorias que eventualmente intentem alterar substancialmente o conteúdo da Constituição.

Diante das considerações acima expostas, emerge a deferência prestada ao fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, haja vista que se coaduna com a ideal perspectiva de um Estado Democrático de Direito, congregando ao lado do núcleo liberal associado à questão social o seu cerne, a saber – “a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir, através do asseguração mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” (STRECK, 2014, p. 100).

De todo o exposto e em face do ativismo judicial tal como ocorre nos tribunais brasileiros, culminando, em grande escala, no sincretismo metodológico do Supremo Tribunal Federal, exsurge o fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade e, como seu desdobramento lógico e necessário, a modulação de efeitos.

O sincretismo metodológico seria característico no atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional, figurando como óbice a seu avanço. Neste âmbito, assim, os métodos são minimamente explicados, sem que se chegue a qualquer conclusão acerca da relação entre diversos métodos ou sua aplicabilidade e compatibilidade (SILVA, 2005, p. 135). Nesta linha de intelecção se encontra o pensamento de Kelsen (2009, p. 1-2), para o qual a jurisprudência no decurso dos séculos XIX e XX havia se confundido com áreas como psicologia, sociologia, ética e teoria política, acarretando num sincretismo metodológico, obstando a consecução da “pureza do direito”.

Já na acepção de Peixoto (2013, p. 179) o sincretismo metodológico remete à “acoplagem indevida de métodos e princípios na interpretação constitucional” (PEIXOTO, 2013, p. 179), o que nos afasta sobremaneira da aplicação uniforme da Constituição a seus destinatários e da consecução do mandamento nuclear do princípio da isonomia.

Outrossim, a crítica de Peixoto (2013, p. 169) capta o cerne da problemática subjacente ao ativismo judicial que culminou na abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. Deste modo, para o referido autor:

[...] o fato de o sistema jurídico pátrio estar 'procedimentalmente aparelhado', para, a partir de soluções tecnológicas, 'supostamente' suficientes, enfrentar as questões constitucionais, portanto, não significa, analisando epistemologicamente o problema, que ele seja eficaz e eficiente. 'Substancialmente', ele adota um modelo hermenêutico ainda incapaz de cumprir a função de concretização da Constituição [...].

Portanto, à vista da concreção das garantias positivadas na Constituição Federal de 1988 e em evidente correlação com seus meios de efetivação, desponta a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. Neste sentido, visualiza-se seu contexto de surgimento no cenário brasileiro em pertinente crítica de Gonet Branco, segundo o qual:

Num país como o nosso, em que a ordem constitucional confia à Suprema Corte a guarda e o patrocínio de princípios dedutíveis das normas jusfundamentais, não se pode ter como estranho ao desenho de repartição de poderes que a Suprema Corte contraste opções política com o conteúdo mínimo de valores morais positivados constitucionalmente. Aprecie-se ou não a integração do texto constitucional de pautas axiológicas, quando isso ocorre, os valores morais penetram o âmbito do jurídico e passam a compor o domínio das atribuições jurisdicionais do Tribunal (BRANCO, 2010, p. 395-396).

Deste modo, figura a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como uma consolidação da pauta axiológica de um ideal isonômico, preconizando a aplicação uniforme da Constituição a todos seus destinatários, ao passo em que sedimenta a coesão na interpretação da Lei Maior, imprimindo maior integridade ao Direito, tal como preconiza Dworkin (2003, p. 271-308).

Assim, concretizar-se-ia o princípio judiciário de integridade, o qual preconiza a instrução dos juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor, a saber, a comunidade personificada, expressando, portanto uma concepção coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2003, p. 271-272).

3.1 CONCEITO

Em síntese erigida por Appio (2005, p. 72), tem-se que tanto no controle difuso de constitucionalidade, como no abstrato, a atividade judicial seria essencialmente a mesma, uma vez que avulta do interesse político de garantir a supremacia da Constituição mediante declaração de nulidade constitucional.

Neste cenário se encontram as bases do fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. A abstrativização, portanto, enquanto prática inserida na dinâmica da atuação do Supremo Tribunal Federal, consiste, em verdade, na suplantação dos motivos determinantes da sentença oriunda do controle *incidenter tantum* de constitucionalidade mediante atribuição de efeitos *erga omnes* à mesma.

Como aponta Didier Júnior, nada impede que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato. Deste modo, a análise de constitucionalidade é feita em tese e, sendo assim, opera vinculação nos tribunais para que adotem o mesmo posicionamento em outros casos fáticos (2005, p. 121).

Instrumentalizando tal prática, emerge a abstrativização ocorrida mediante instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais, vide art. 97 da CF/88 e arts. 480 a 482 do CPC. Todavia, faz-se mister ressaltar que o citado art. 97 deve ser lido em conjunto com o Enunciado de Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal¹⁰, segundo o qual ocorre violação da cláusula de reserva de plenário quando a decisão do órgão fracionário de tribunal, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Ademais, toma-se como premissa “a constatação de que os elementos e fáticos apresentam-se, muitas vezes, de forma não diferenciada ou de modo inseparável produziu, de certo modo, consequências no âmbito do processo constitucional” (MENDES, 1999, p. 20). Assim, é exatamente neste contexto que o fenômeno jurisprudencial da abstrativização oriundo do incidente de arguição de inconstitucionalidade, conforme aduz Mendes (1999, p. 243) culminaria na prolação de decisão exarada de modo “quase *in abstracto*”.

Deste modo, foi neste exato contexto que tangencia a abstrativização que Amaral reconheceu a seguinte peculiaridade, a saber: que a decisão plenária decorrente do julgamento do citado incidente, logicamente, não seria equiparada àquelas prolatadas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, isto é, mediante atribuição de efeitos *erga omnes*. De outro lado, quanto à decisão sobre a qual se disserta não necessariamente figuraria restrição de eficácia ao caso concreto

¹⁰ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em 06 de junho de 2015.

que lhe suscitou, “porquanto dela emana – em razão de normas legais e regimentais – eficácia vinculante *“intra muros”*” (AMARAL, 2002, p. 47).

Ante o exposto, a decisão originária do controle incidental de constitucionalidade na qual se opera o fenômeno jurisprudencial da abstrativização “vincula os colegiados fracionários do tribunal que dirimiu o incidente, valendo para todos os casos concretos subsequentes que envolvam a mesma *quaestio iuris* constitucional” (AMARAL, 2002, p. 47).

Igualmente, a análise da jurisprudência do STF quanto à apreciação de constitucionalidade em sede de controle incidental, conforme se verá em tópico próprio, remete à mesma prática aqui enunciada.

Na linha de intelecção perquirida pelo presente texto, portanto, elucida-se a necessidade de implementação do princípio constitucional da isonomia através da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. Assim, o cerne da questão reside na necessidade de harmonização dos efeitos da sentença exarada em sede de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* face ao imperativo mandamento nuclear do princípio da isonomia. Ignorar a existência de tal fenômeno jurisprudencial, em verdade, seria rechaçar a densidade normativa do referido princípio, “que é absolutamente incompatível com eventuais tratamentos diferentes em face da mesma lei quando forem idênticas as situações” (ZAVASCKI, 2012, p. 26).

Como enuncia Streck, há de se considerar um novo modelo que supere o esquema de igualdade formal e aponte para a igualdade material. Neste contexto, figura a assunção de posição de defesa e suporte da Lei Maior como pressuposto estruturante do ordenamento jurídico. Além disso, remonta tal posição à “expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração de novas necessidades” (STRECK, 2004, p. 193). Tal integração permear-se-ia, igualmente, à resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais, conforme preleciona o referido autor.

Ademais, Celso de Mello (2003, p. 9) preconiza, que a despeito da igualdade formal expressa no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988¹¹, que figura em concorde unanimidade a transcendência do mandamento nuclear de tal norma. Justifica, portanto, que a própria lei deve conformidade à isonomia. Portanto, aduz a insuficiência da concretização do nivelamento dos cidadãos ante as normas legais para a consecução do princípio da isonomia.

Assim, constata-se na presente monografia que o fenômeno jurisprudencial da abstrativização – instrumentalizado pela jurisdição constitucional brasileira – se encontra permeado por técnicas de fortalecimento normativo dos *topoi* jurídicos e extrajurídicos insertos na decisão judicial oriunda das ações de controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, conforme análise da jurisprudência do Superior Tribunal Federal em cotejo com o método tópico proposto por Theodor Viehweg (VIEHWEG, 2008, p. 7-126).

Em suma, da solução judicial de um caso concreto particular de controle incidental de constitucionalidade – operando-se a abstrativização – mediante transcendência dos motivos determinantes da sentença, desponta a norma generalizada.

Em verdade, torna-se perceptível que a abstrativização aqui explanada enquanto fenômeno de criação jurisprudencial denota amadurecimento do constitucionalismo hodierno no Brasil, posto que seu advento remonta à concretização de valores constitucionais, tal qual o princípio da isonomia.

Deste modo, a despeito da ausência de positivação expressa, decorrente da “imprevidência do legislador constituinte de 1988 em não albergar o efeito vinculante recomendado e atribuível, desde logo, aos acórdãos do tribunal de cúpula da Justiça brasileira” (SIQUEIRA CASTRO, 2005, p. 864), quando proclamatórios da inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis no exercício da jurisdição constitucional difusa, isto é, analisada de modo incidental no processo, emergiu a abstrativização da referida modalidade de controle constitucional.

¹¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. Constituição Federal brasileira de 1988.

3.2 DELIBERAÇÃO SENATORIAL PREVISTA NO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ademais, sedimentada a noção conceitual do fenômeno jurisprudencial sobre o qual se disserta, figura corrente interpretativa que enseja sua melhor compreensão, a saber: a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como manifestação da justiça substantiva em virtude de mutação constitucional operada no artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988.

Todavia, para instrumentalizar a compreensão da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, faz-se mister a análise da deliberação senatorial prevista no artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988.

Resende de Barros aduz a imprescindibilidade da ciência da origem e da lógica de tal competência do Senado Federal. Na dicção do referido autor, esta teria resultado de uma “variação inevitável na transplantação para o Brasil do modelo norte-americano de controlar a conformidade das leis com a Constituição” (2003, p. 233).

Sem embargo, critica Barros que a inevitabilidade da variação em comento deu-se, sobretudo, em decorrência do feitiço romanístico inerente ao direito brasileiro à época. Em contraponto a este modelo, residia o sistema de precedentes associado à rígida vinculação dos juízes à jurisprudência pautada no princípio do *stare decisis* no modelo norte-americano (2003, p. 234).

Outrossim, Miguel Calmon Dantas também remete ao modelo norte-americano, ao afirmar que a competência senatorial inserta na norma do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988 surgiu como tentativa de adaptação do controle difuso de constitucionalidade num Estado em que não há vinculação aos precedentes, como ocorre geralmente em tal sistema constitucional (2006, p. 182).

Assim, a partir da consolidação de um sistema judicial fundado na “livre convicção do juiz e na sua prudente aplicação da lei” (BARROS, 2003, p. 234) restou de modo indubitável o afastamento da corte constitucional brasileira do “poder de generalizar *erga omnes* a inconstitucionalidade verificada *inter partes*” (2003, p. 234). Tal “poder”, conforme assenta Resende de Barros numa análise histórico-constitucional, viria a ser atribuído ao Senado Federal pela Constituição de 1934.

Acresce em tal contexto, todavia, digressões doutrinárias quanto à finalidade que suscitou a participação do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade mediante suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Consoante outrora explanado, em tentativa de justificação do instituto da suspensão na Carta Magna de 1988, Gilmar Mendes aduz que a positivação da competência senatorial aqui debatida remontaria a razões de índole exclusivamente histórica (2004, p. 155).

De outro lado, também figuram interpretações da referida competência como expressão do sistema de freios e contrapesos, vide entendimento esposado por Faustino e Bastos, os quais aduzem que a concentração de poderes na Corte Constitucional acarretaria ruptura no equilíbrio esperado de tal sistema (2008, p. 168). Nesta linha de intelecção se encontra o escólio de Resende Barros, para quem o exercício da competência senatorial revestir-se-ia de lógica e coerência com o sistema difuso, constituindo, deste modo, “um verdadeiro *check and balance* de moderação, engenhosamente criado pelo constitucionalismo brasileiro” (2003, p. 238).

Ante o quanto explanado, cumpre traçar as premissas do *iter* procedimental do controle de constitucionalidade *incidenter tantum* aliado ao exercício da competência senatorial e da Corte constitucional. Assim, em face de uma decisão do Supremo Tribunal Federal cujo cerne reside na declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto, caberia ao Senado Federal a suspensão desta lei ou ato normativo eivado de inconstitucionalidade verificada casuisticamente.

Deste modo, a partir da análise das competências sobre as quais se disserta, é factível a existência de uma complementaridade operada entre ambas, visto que a declaração de inconstitucionalidade, em si mesma considerada, não teria “a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão” (MENDES, 2004, p. 152). Outrossim, acrescenta Mendes, mera a revogação da lei ou decreto efetuada pelo Supremo Tribunal Federal não teria a extensão e a profundidade da suspensão.

Portanto, verifica-se a conclusão a que chegou Resende de Barros, a saber, que, nos termos do controle difuso brasileiro, seria o Supremo Tribunal Federal senhor de

constitucionalidade, ao passo em que o Senado Federal seria senhor da generalidade (BARROS, 2003, p. 234).

Nogueira da Silva (1992, p. 94-99), intentou traçar comparativo sobre a modificação do sistema de controle repressivo da inconstitucionalidade, o qual vigorou até abril de 1977 com as inovações trazidas pela Lei Maior de 1988. Em tal comparativo erigido, o referido autor é categórico ao aduzir a não invasão ou assimilação da competência senatorial positivada no artigo 52, inciso X da Carta Magna de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste contexto, informa Nogueira da Silva (1992, p. 97) que, em verdade, a existência de via deixada em aberto pela Constituição de 1988, quando do estabelecimento da competência privativa do Senado Federal para suspender lei ou decreto declarado inconstitucional pelo órgão de cúpula máximo do Poder Judiciário brasileiro. Tal via, deste modo, consiste no silêncio em relação ao aspecto de comunicação de declaração de inconstitucionalidade do citado órgão ao Senado Federal. Destarte, pensar deste modo chama à realidade fática o próprio mandamento nuclear do princípio da celeridade processual. Tal princípio, na dicção de Fedrizzi Rodrigues objetiva proporcionar, tão logo quanto possível, a pacificação social (2005, p. 289). Do contrário, haveria a perpetuação das demandas em sede de controle incidental ao longo do tempo.

Ante o exposto, figura constatação de crítica de Siqueira Castro (2005, p. 865-866) ao enunciar a realidade da jurisdição constitucional brasileira no contexto do referido controle. Aduz o citado autor a existência de inúmeros preceitos de inferior hierarquia que são constitucionalmente contestados diuturnamente em ações de controle de constitucionalidade *incidenter tantum*. Tal situação, informa Castro, potencializa a prolação de decisões divergentes com efeitos *inter partes*, erigindo, portanto, destoantes interpretações quanto ao sentido e alcance das normas e princípios constitucionais.

Acrescido à tal problemática inerente à competência senatorial aqui explanada, figura o entendimento esposado por Barroso, para o qual não seria lógico ou razoável a negativa de efeitos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Assim, fundamenta que ocorreria violação ao princípio da economia processual obrigar um dos legitimados do artigo

103 da Constituição Federal de 1988 a propor a ação direta para a obtenção de uma decisão que já se sabe qual é (2012, p. 157-158).

3.2.1 Competência senatorial no controle incidental de constitucionalidade – discricionária ou vinculada?

Ainda em órbita a competência senatorial para suspensão de lei ou decreto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, perfilha Buzaid (2005, p. 390-391) o entendimento de tal competência como vinculada, não havendo assim, que se falar em discricionariedade no ato de suspensão. Portanto, assente o dever do Senado Federal de suspender a lei ou decreto eivado de inconstitucionalidade, na dicção do referido autor, a decisão antes da suspensão pelo Senado valeria como antecedente judiciário, estando ausente, no entanto, a força vinculativa.

Ainda em órbita a competência senatorial inserta no artigo 52, inciso X da Constituição Federal, vê-se que muito se tem debatido sua natureza, se discricionária ou vinculada. Resende de Barros e Dias Fernandes polarizam-se ao defender a corrente que aduz ser tal competência discricionária.

Dias Fernandes argumenta, sendo “a resolução do Senado ato revogatório, manifestação de sua função legislatória (negativa), não pode ela ser vinculada” (2009, p. 143). Acrescenta o autor a impossibilidade de obrigar o Senado a legislar, seja positiva ou negativamente, posto que deste modo haveria evidente afronta à liberdade pessoal dos integrantes de tal Casa Legislativa. Além disso, é factível que atribuir natureza vinculada à competência senatorial denota ofensa à independência do Poder Legislativo. Em verdade, tal vinculação não se coaduna com o equilíbrio harmônico preconizado pelo Federalismo.

Resende de Barros, por sua vez, aduz que as funções de moderação e representação atribuídas ao Senado Federal não podem ser exercidas ausente a discricionariedade (2003, p. 235).

Ademais, em tentativa de justificação da suspensão de lei ou decreto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal inserta na competência senatorial

sobre a qual se disserta, Gilmar Mendes leva a crer que sua positivação remonta a razões de índole exclusivamente histórica (2004, p.155).

3.2.2 Crítica à competência senatorial sob a perspectiva da jurisdição constitucional hodierna

Por fim, cumpre analisar criticamente a competência senatorial acima debatida em face de uma perspectiva de jurisdição constitucional hodierna. Nesta linha de intelecção, Nogueira da Silva (1992, p. 110), exalta a “inexpressa mas efetiva Corte constitucional” erigida a partir da conjugada atuação do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, segundo o referido autor, tal atuação de modo decisório na etapa determina constitucionalmente a cada um dos citados órgãos no controle incidental remeteria ao princípio da tripartição.

Logo, ante o entendimento esposado por Nogueira da Silva, é factível admitir a deferência ao ideal democrático de concretização de direitos fundamentais, pois, mediante atuação conjunta das funções de atribuição dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, “vislumbra-se a garantia da própria cidadania, representada pelo exercício das liberdades, e dos direitos a elas inerentes” (1992, p. 45).

Ante o exposto, concretiza-se o quanto enunciado por Zavascki, a saber, que “a constante e progressiva escalada constitucional e infraconstitucional em direção à ‘dessubjetivação’ ou à ‘objetivação’ das decisões do STF, inclusive no controle incidental de constitucionalidade” (2012, p. 49,) acarretou, a despeito da manutenção da competência senatorial em sede constitucional, positivada no art. 52, inciso X da CF/88, a redução paulatina de sua importância. Assim, acrescenta o autor, o sentido atribuído originalmente a tal competência reside na ressalva dos efeitos de publicidades e de suas consequentes consequências.

Ademais, mediante análise conceitual do instituto do controle de constitucionalidade e do fenômeno oriundo da prática reiterada do Supremo Tribunal Federal, a saber, a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, visualiza-se a concretização da base axiológica da Lei Maior a partir da interpretação do referido órgão, sobretudo no que tange ao princípio da isonomia.

Portanto, discordamos dos argumentos que aduzem ser a atribuição de efeito *erga omnes* às decisões em sede de controle difuso caracterizada por eventual ofensa ao contraditório e ao devido processo legal, não havendo, assim legitimidade processual para a decisão prolatada nestes termos (CALMON DANTAS, 2006, p. 200).

A discordância supracitada, em verdade, advém dos estudos referentes a princípios efetuados por Alexy (2008, p. 87-90), para o qual princípios são razões para juízos concretos de dever-ser, dotados de um grau de relatividade relativamente alto e que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Em síntese, aduz o referido autor serem os princípios mandados de otimização.

Ademais, da colisão entre princípios erige a noção de que um deles terá que ceder. Todavia, com isso não se opera a invalidação do princípio cedente, ou mesmo a aposição de um cláusula de exceção no mesmo. Portanto, em havendo tal colisão num caso concreto, se partindo do pressuposto que os princípios têm pesos diferentes, figura como consequência que o princípio com maior peso terá precedência (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Assim, considerando a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como corolário do princípio da isonomia, mediante ponderação decorrente da máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 116-120), cede o princípio do contraditório, o qual, por sua vez, figura como corolário devido processo legal.

Além disso, é sabido que “Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão” (BARROSO, p. 387-388, 2012). Em havendo tais colisões entre princípios, interesses constitucionalmente protegidos e direitos fundamentais, à vista do princípio da unidade da Constituição, figura como melhor solução, à luz dos elementos do caso concreto, a ponderação e o uso da proporcionalidade, que impõe a interpretação que mais realize adequadamente a vontade da Constituição, conforme salienta Luís Roberto Barroso (2012, p. 388).

Deste modo, ante o entrelaque entre isonomia e as garantias processuais do devido processo legal e do contraditório, é factível a ofensa à isonomia representada pela singularização atual e definitiva de um destinatário determinado ante a não

atribuição de efeitos vinculantes à decisão exarada em sede de controle incidental de constitucionalidade, quando, ao invés, deveria abranger uma categoria de pessoas, a saber todos os destinatários da Constituição.

Outrossim, a suposta relação de pertinência lógica existente em abstrato que culmina num *discrímen* gerador de efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses albergados constitucionalmente também figura como ofensa ao mandamento nuclear do princípio da isonomia (MELLO, 2003, p. 47-48).

Ante o exposto, torna-se nítido o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional hodierna numa análise crítica da competência senatorial sobre a qual se disserta. Portanto, a despeito da preocupação contramajoritária inerente ao fenômeno da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, emerge, *in casu*, a concretização do valor substantivo representado pelo princípio da isonomia. Acrescida à tal assertiva figura a lição de Mendes (1993, p. 42-43), que aduz não serem poucos os que “apontam a insuficiência ou a inadequação da declaração de nulidade de lei para superar algumas situações de inconstitucionalidade, sobretudo no âmbito do princípio da isonomia”.

Conforme aponta Binebojm, inobstante o papel criativo do nosso órgão de cúpula máximo do Poder Judiciário, com o fito de evitar que a Corte Constitucional se torne instância autoritária do poder, de modo a ditar, “de forma monolítica, as interpretações oficiais a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição, é mister fomentar a idéia de cidadania constitucional” (BINEBOJM, 2008, p. 183). Deste modo, preconiza o autor uma releitura de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, consoante preconizado por Häberle.

Na sua elucidação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, justifica Häberle (2002, p.33) a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional, visto que estas representariam parte da publicidade e realidade da própria Lei Maior.

Ressalta-se aqui a consolidação do escólio teórico de Häberle aliada à sua práxis do Estado Constitucional sob a perspectiva do direito europeu como elementos de viabilidade para a construção da tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Justifica-se: concluiu o referido autor que a teoria da interpretação constitucional pairava na dicotomia entre duas questões essenciais, quais sejam –

as indagações sobre as tarefas e objetivos da interpretação constitucional, assim como sobre os métodos de interpretação constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 56).

Portanto, ante o reconhecimento da necessidade de significação do contexto sistemático que faria emergir um questionamento acerca dos participantes de tal interpretação, reconhece-se que, na verdade, “a interpretação constitucional é mais um elemento da sociedade aberta. Todos os poderes públicos, participantes do processo social, estão envolvidos nessa atividade de interpretação” (HÄBERLE, 2002, p. 57). Tal atividade, na dicção do supracitado autor, seria simultaneamente elemento resultante da preconizada sociedade aberta e elemento de formação da mesma. Assim, finaliza o autor, os critérios de interpretação constitucional haveriam de ser tanto mais abertos quanto mais pluralistas for a sociedade (2002, p. 57).

Nesta linha de intelecção, coaduna-se com a sociedade aberta de intérpretes da Constituição a concepção apontada por Clèmerson Cléve, segundo a qual a baixa densidade normativa da Lei Maior e sua alta abstração de comandos constituiriam meios idôneos à garantia da constante evolução de seu próprio significado. Além disso, proporcionariam o devido ajustamento de sentido às exigências da realidade fática sem necessidade de atualização formal decorrente do Poder Constituinte Derivado (2000, p. 26).

Portanto, à vista da consecução de valores constitucionais, sobretudo considerando a aplicação uniforme da Lei Maior a todos seus destinatários, situa-se o fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade.

Deste modo, é nesta linha de intelecção que a prática reiterada do Supremo Tribunal Federal em processos de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* figura como corolário do mandamento nuclear do princípio da isonomia.

3.2.3 Análise da jurisprudência do STF acerca do tema

Cabe ressaltar, inicialmente, que o *leading case* acerca da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, a saber, a reclamação constitucional 4.335/AC, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, foi conhecida, por maioria e julgado procedente.

A despeito do julgamento de tal reclamação em 20 de março de 2014, aduzindo não ter se perpetuado mutação constitucional sobre a norma do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, o que refuta a existência do fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal permanecem em dissenso quanto ao tema, polarizando-se entre os que tendem a seguir tal fenômeno e aqueles que aduzem sua impossibilidade, como apontam os casos concretos selecionados.

Neste contexto de polarização e divergência entre os Ministros, acima exposto, coaduna-se a realidade fática apresentada com a já enunciada crítica de Peixoto acerca do sincretismo metodológico (2013, p. 179).

Ademais, há se realizar a necessária contemporização. É factível, eventualmente, que os referidos Ministros entrem em divergência quanto ao tratamento das questões constitucionais. Todavia, tal divergência não pode dar ensejo à insegurança jurídica, assim como efetuar uma interpretação constitucional não uniforme a todos os destinatários da Lei Maior. Neste sentido, torna-se evidente a relação de uma imperativa concepção de integridade a se compatibilizar com o Direito e sua aplicação, elucidada por Dworkin na sua técnica interpretativa do romance em cadeia:

[...] podemos tirar proveito de uma comparação entre o Direito e outras formas de interpretação. Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou poema complexo. [...] Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista de cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 2003, p. 275-276).

Portanto, a concatenação exposta no romance em cadeia preconiza, em apertada síntese, a integridade nas interpretações criativas, pois seus aspectos ou componentes normativos não podem ser apartados dos dados ou tradições do intérprete (DWORKIN, 2003, p. 275).

Discorrendo sobre a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade na referida reclamação constitucional 4.335 oriunda do Acre, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Eros Grau erigem a defesa do

fenômeno jurisprudencial em apreço. Neste contexto, Mendes, em seu voto, extrai o mero efeito de publicidade da norma do art. 52, X da Constituição Federal de 1988, afirmando ter sido operada mutação constitucional na mesma, vide fragmento a seguir:

[...] atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, **essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.** (Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1º. 02.2007. (grifo nosso).

Eros Grau, por sua vez, preconiza a supremacia e autenticidade enquanto fonte normativa das decisões oriundas Supremo Tribunal Federal como elemento de justificação do tema ora em análise. Outrossim, também considera ocorrida a mutação constitucional no já citado artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, consoante transcrito abaixo:

[...] 9. Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no **todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional** [...]. 10. A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. (STF, Pleno, Rcl. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto-vista, proferido em 19-04-2007). (grifo nosso).

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Zavascki também se posiciona a favor da tese da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, reiterando os argumentos elencados por Gilmar Mendes. Ademais, disserta Zavascki acerca de uma “vocaçãõ expansiva” com eficácia vinculante no fragmento jurisprudencial que se segue, o que reflete diretamente na teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, objeto de análise do capítulo a seguir.

6. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora

tomada em controle difuso, **é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais**, inclusive o STJ (CPC, art. 481, único: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, único; art. 475-L, 1º, redação da Lei 11.232/05: "Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal").

Sob esse enfoque, **há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado [...]**. No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem "não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988" (MENDES, Gilmar Ferreira. "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional", Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165). (STJ, Relator: Ministro Teori Zavascki, j. 02.05.2006, T1 – Primeira Turma). (grifo nosso).

Ainda tendo em vista os argumentos favoráveis e de aceitação do fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle *incidenter tantum* de constitucionalidade, é factível a deferência prestada à modulação de efeitos, como consectário lógico do referido fenômeno, consolidando a concretização do mandamento nuclear do princípio da isonomia e também da adaptabilidade do procedimento, como restará claro no último capítulo do presente trabalho de conclusão de curso.

Portanto, tendo em vista as consequências oriundas da abstrativização, cabe analisar o recurso extraordinário 197.917/SP, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, tendo sido julgado em 23 de fevereiro de 2006.

A situação que ensejou o referido recurso extraordinário decorreu da judicialização da questão da redução do número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela de onze para nove, culminando em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. O argumento para tal redução, em verdade, residia na desproporcionalidade face ao número de habitantes da cidade e, em nome do

interesse público, a proteção do erário público. Outro não foi o entendimento do Ministro Maurício Corrêa no recurso extraordinário supracitado. Nesta linha de inteligência, depreende-se, mais uma vez, a transcendência dos efeitos da decisão exarada em sede de controle incidental de constitucionalidade, operando, desta vez, efeitos para o futuro, vide:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. **Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).**

6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).

7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. Colocar sic?

8. **Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.**

Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. RE 197.971/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno, *DJ* de 07.05.2004. (grifo nosso).

Acresce à decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 197.971/SP que operou a modulação de efeitos a Resolução 21.702 de 2004, do Tribunal Superior Eleitoral, estendendo os efeitos da decisão anteriormente citada. Tal extensão é observada no próprio artigo 1º da Res. 21.702/2004, que assim dispõe “Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, conforme as tabelas anexas”.

Todavia, tal Resolução foi objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.344/DF e 3.365/DF. Foram alegadas, em síntese, violações aos princípios da reserva legal, da separação de poderes e da anterioridade da lei eleitoral, bem como da autonomia municipal – supostamente contidas na Resolução 21.702/2004. No entanto, tais argumentos não prosperaram, vide Informativo nº 398 do Supremo Tribunal Federal, transcrito abaixo:

Resolução do TSE e a fixação do número de vereadores – 1¹²

O Tribunal, por maioria, julgou improcedentes os pedidos formulados em duas ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Partido Progressista - PP (ADI 3345/DF) e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT (ADI 3365/DF) em face da Resolução 21.702/2004, editada pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE, que estabeleceu instruções sobre o número de Vereadores a eleger segundo a população de cada Município. Inicialmente, reconheceu-se inexistir, em relação aos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ellen Gracie, que subscreveram, no TSE, o ato impugnado, qualquer hipótese de impedimento ou suspeição para julgamento das ações diretas em questão, haja vista o entendimento predominante do Supremo no sentido de não se aplicarem, em regra, ao processo de controle normativo abstrato, os institutos do impedimento e da suspeição. Em seguida, rejeitando a preliminar de não-conhecimento da ação, suscitada pelo Procurador-Geral da República, reputou-se dotada de suficiente densidade normativa a Resolução em causa, revelando-se, assim, suscetível de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Resolução do TSE e a fixação do número de vereadores – 2

Em relação ao mérito, concluiu-se pela inexistência das apontadas violações aos princípios da reserva de lei, da separação de poderes, da anterioridade da lei eleitoral e da autonomia municipal. Esclareceu-se que a Resolução 21.702/2004 foi editada com o propósito de dar efetividade e concreção ao julgamento do Pleno no RE 197917/SP (DJU de 27.4.2004), já que nele o STF dera interpretação definitiva à cláusula de

¹² Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo398.htm>. Acesso em 06 de dezembro de 2014.

proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF, conferindo efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento. Salientando que a norma do art. 16 da CF, consubstanciadora do princípio da anterioridade da lei eleitoral, foi prescrita no intuito de evitar que o Poder Legislativo pudesse inserir, casuisticamente, no processo eleitoral, modificações que viessem a deformá-lo, capazes de produzir desigualdade de participação dos partidos e respectivos candidatos que nele atuam, entendeu-se não haver afronta ao referido dispositivo, uma vez que a Resolução sob análise não ocasionou qualquer alteração que pudesse comprometer a finalidade visada pelo legislador constituinte. Da mesma forma, foram afastadas as demais alegações de infringência a postulados constitucionais. Afirmou-se que o TSE, dando expansão à interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo - na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição Federal - em relação à citada cláusula de proporcionalidade, submeteu-se, na elaboração do ato impugnado, ao princípio da força normativa da Constituição, objetivando afastar as divergências interpretativas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de Vereadores, bem como assegurar normalidade às eleições municipais. Vencido o Min. Marco Aurélio que dava pela procedência dos pedidos, ao fundamento de que o TSE extrapolou sua competência para editar resoluções - a qual estaria limitada ao cumprimento do Código Eleitoral (Cód. Eleitoral, art. 23, IX) - ao fixar tabela quanto ao número de vereadores, cuja incumbência, nos termos do inciso IV do seu art. 29 da CF, e desde que observados os limites mínimo e máximo previstos neste último dispositivo, seria de cada Câmara de Vereadores, por meio de Lei Orgânica dos Municípios.

Por fim, encerrando os posicionamentos favoráveis ao fenômeno jurisprudencial em enfoque, encontra-se o recurso extraordinário nº 842.765/DF, de relatoria da Ministra Carmén Lúcia, a qual elenca os princípios da isonomia e segurança jurídica como cerne da abstrativização do controle *incidenter tantum*. Ademais, ressalta a Ministra a progressiva aceitação doutrinária da mesma, ao passo em que sobreleva a justiça, eficácia e adequação da adoção do entendimento oriundo do Supremo Tribunal Federal, vide:

[...] o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS, declarou incidentalmente, em controle difuso, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Drogas que proibiam a comutação da pena corporal por restritivas de direitos para condenados por tráfico. Dessa forma, a partir do julgamento supracitado, apesar de tal decisão não ter sido proferida em controle abstrato de constitucionalidade, esta colenda Corte, **em homenagem aos princípios da igualdade, segurança jurídica, da progressiva aceitação da doutrina da abstrativização dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso e por se entender ser mais justa, eficaz e adequada a adoção desde logo do entendimento sufragado pela excelsa Corte de Justiça**, passou a observar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de drogas, desde que o réu preenchesse os requisitos descritos nos incisos do artigo 44 do Código Penal”.

[...]

É de se registrar ainda, que o Senado Federal expediu, de acordo com disposição literal do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a Resolução nº 5, de 16 de fevereiro de 2012, suspendendo a execução da

expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Tal Resolução, apesar de ter sido publicada quase um ano e meio após a decisão do STF, não inovou no campo legislativo, apenas reconheceu a autoridade dessa decisão, estendendo os efeitos daquele Habeas Corpus a todos os condenados na forma do artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, **em homenagem ao princípio da igualdade, porque o que é inconstitucional para um cidadão, também o é para os demais.** RE 842.765/DF, Rel. Min. Carmén Lúcia, j. 07.11.2014, Pleno, *DJ* de 12.11.2014. (grifo nosso).

Já os argumentos contrários à abstrativização do controle incidental de constitucionalidade residem, em suma, na criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual positivou a reforma do Judiciário; a ilegitimidade ativa *ad causam* e a ausência de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Nesta linha de intelecção, os casos concretos a seguir consubstanciam a argumentação anteriormente exposta, indo de encontro ao referido fenômeno jurisprudencial:

Inviável, na via eleita, a pretendida “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade” (sic - fl. 4 do anexo 17), até porque, no caso, **diante da diferenciação das circunstâncias pessoais do peticionário, em crime distinto, não cabe a pretendida extensão do entendimento jurídico resultante do julgamento em caso totalmente distinto**, apenas diante da analogia do tipo penal e do montante de pena imposta ao requerente. Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao pedido, por ser flagrantemente inadmissível. HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.09.2013, Pleno, *DJ* de 18.09.2013. (grifo nosso).

Com os olhos postos no caso concreto, **observo que a decisão tomada no processo apontado pelo reclamante não possui efeito vinculante e eficácia erga omnes, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional exarado nesse feito apenas tem a finalidade de atar as partes neles envolvidas.** Se é assim -- vale repisar --, se o reclamante não figurou em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado processo, **é de se inferir que falta ao acionante legitimidade ativa ad causam.** 5. Por tudo isso, frente ao § 1º do artigo 21 do RI/STF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o exame da medida cautelar. Rcl. 4.263/MT, Rel. Min. Carlos Britto, j. 06.04.2006, Pleno, *DJ* de 19.04.2006. (grifo nosso).

A corrente que defende a abstrativização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade sofreu sensível abalo com a criação da súmula vinculante (EC 45), pois deixou de existir o argumento de que o Supremo Tribunal não poderia ter condicionada a força de suas decisões à eventual provocação por meio das ações de controle concentrado. RE. 668.622/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26.05.2014, Pleno, *DJ* de 02.06.2014. (grifo nosso).

Os Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, outrossim, manifestaram-se de modo contrário à

abstrativização na Reclamação Constitucional 4.335/AC, vide fragmento do voto do segundo Ministro, hoje aposentado:

[...] não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de "projeto de decreto de mutação constitucional", já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A). (Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º. 02.2007.

Ante a análise erigida acerca da competência senatorial inserta no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, resta claro que a mutação constitucional operada na norma do artigo supracitado não teria reduzido o papel do Senado Federal. Em verdade, tal mutação que culminou na abstrativização do controle incidental de constitucionalidade é oriunda da noção de que é inegável a tênue linha divisória entre direito e política.

Neste contexto, é possível remeter o debate que é praticamente uníssono na doutrina contemporânea de que a interpretação e a aplicação do direito albergam elementos de cognição e vontade. Deste modo, é factível que o papel de interpretação final e definitivo face as controvérsias instauradas é desempenhado por juízes e tribunais. Diante disso, a instância judicial, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, são dotados de um *status* de “primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois lhe cabe dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes” (BARROSO, 2012, p. 385).

Logo, tal supremacia judicial relativa à determinação do que é o direito considera o exercício de um poder político bem como todos os seus desdobramentos referentes à legitimidade democrática (BARROSO, 2012, p. 385).

Outrossim, também não assiste razão ao argumento da súmula vinculante para fins de negação do fenômeno jurisprudencial em apreço, posto que tratam-se de institutos diversos com propósitos distintos.

Ademais, a introdução da vinculação sumular que adentrou o ordenamento jurídico constitucional, consoante crítica de Streck, representa drástica alteração no núcleo

basilar do sistema jurídico brasileiro, a saber, a lei, vide art. 5º, II, CF¹³. Neste contexto, aduz o referido autor a existência de um problema filosófico causado pela instituição das súmulas vinculantes, ao passo em que representam um retrocesso em direção à metafísica clássica. Deste modo, assevera que:

[...] na súmula estaria “condensada a substância” (essência) de cada “coisa” jurídica, como se as súmulas fossem “juízos assertórios” e uma “proposição pudesse mostrar o seu sentido” Ora, é preciso ter claro que a “substância” que estaria contida no verbete sumular destempera o sentido, pelo sequestro da temporalidade (STRECK, 2005, p. 154).

Ante o exposto, é factível que edição de súmulas com efeito vinculante, oponíveis contra todos, o Supremo Tribunal Federal, em autêntica disfunção à separação de poderes, exerce atribuição maior do que a reservada ao Poder Legislativo, vez que assume funções legiferantes, acrescentando ao produto legislado prévia interpretação (STRECK, 2005, p. 155-156).

Por último, refuta-se o argumento de que a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade seria semelhante às súmulas vinculantes, também com apoio na crítica de Streck (2005, p. 157), para o qual estas colocariam em questão o próprio sistema de controle de constitucionalidade difuso ou incidental. Justifica o referido autor o paradoxo que residiria na não aplicação por parte de um juiz de um texto normativo sob o fundamento da inconstitucionalidade *incidenter tantum*, haja vista que os tribunais – através de suscitação de incidente – tenham o poder de declarar a inconstitucionalidade dos referidos textos legais e, diante de uma súmula, teriam obrigação de aplica-la, sob pena do manejo da reclamação constitucional.

Deste modo, resta claro que a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade não se coaduna com os propósitos da súmula vinculante. Em verdade, essa tendência de centralização do poder político constitucional na cúpula do Poder Judiciário oriunda da edição de súmulas vinculantes resulta no enfraquecimento do exercício da jurisdição constitucional pelos juízes de primeiro e segundo grau (STRECK, 2005, p. 160).

Por fim, emergindo o fenômeno jurisprudencial em apreço da própria *práxis* do Supremo Tribunal Federal, sobretudo, com enfoque no caso concreto, rechaça-se novamente qualquer semelhança com o instituto da súmula vinculante, na qual o caso concreto é obnubilado por petrificações de sentidos (STRECK, 2005, p. 174).

¹³ Art. 5º, II, CF-88 - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

3.3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MANIFESTAÇÃO DA JUSTIÇA SUBSTANTIVA

A compreensão do fenômeno jurisprudencial em comento como manifestação da justiça substantiva instrumentaliza, em verdade, a concretização de valores constitucionais em sede de controle *incidenter tantum* de constitucionalidade. Referida concretização, deste modo, não representaria outra concepção senão a de justiça substantiva, que remete, pois, a um resultado correto do sistema político (DWORKIN, 2003, p. 483).

A justiça substantiva como reflexo ou manifestação da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, em síntese, capta a noção de que, no Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito oriundos do processo constituinte de 1986 a 1988 ainda aguardam implementação. Outrossim, acrescidos a tal cenário se encontram velhos paradigmas de direito, os quais provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição, bem como do papel da jurisdição constitucional (STRECK, 2014, p. 38). Neste contexto, é pertinente a crítica de Streck:

Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da justiça constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos [...] (STRECK, 2014, p. 39).

Portanto, face a fragilização do conceito de Constituição e (in)efetividade do texto constitucional em vigor (STRECK, 2014, p. 39), urge a concreção na realidade fática da tese da unidade de valor, na qual assevera Dworkin (2014, p. 4-15) sua concepção de justiça, erigindo uma proposta que aduz a compreensão da concepção de direito como um ramo da moral.

Ao preconizar a unidade axiológica, portanto, é factível e necessária a correlação da justiça com a igualdade e com a responsabilidade, para que os referidos valores sejam integrados entre si. Neste contexto, insere o referido autor, igualmente, o aspecto procedimental de tal justiça, elucidando-a como a resultante da moralidade dos resultados justos e da governança imparcial (DWORKIN, 2014, p. 5-9).

Sob a ótica da base axiológica da Constituição Federal de 1988, que sedimenta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais se confundem, em última instância, com “o princípio da dignidade da pessoa humana, da proibição de excesso, da proibição do desvio de finalidade da lei, da reserva legal, da igualdade, do devido processo legal”, (STRECK, 2004, p. 520), é possível vislumbrar a concretização acima enunciada.

Nesta linha de inteligência, assevera Streck (2014, p. 115) a necessidade da compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito em conexão inexorável à função transformadora assumida pelo direito. Eis então a concreção da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como manifestação da justiça substantiva, a qual demanda uma nova concepção acerca de jurisdição constitucional, transcendendo, portanto, o estático papel atribuído à Lei Maior de mero instrumento de aferição da parametricidade formal em relação às normas infraconstitucionais.

Ademais, inserta no contexto da parametricidade formal encontra-se a noção de bloco de constitucionalidade, remetendo, conforme sedimentado por Dias Fernandes (2009, p. 52), não apenas às normas constitucionais, sejam elas explícitas ou implícitas, senão, igualmente, às leis infraconstitucionais que concretizam os comandos constitucionais.

O bloco de constitucionalidade advém da França, espraiando-se para diversos ordenamentos jurídicos em consequência da decisão de 16 de julho de 1971, na qual o *Conseil Constitutionnel*. Em tal decisão foi reconhecida a existência, no sistema jurídico francês, de um bloco de regras e princípios dotadas de nível constitucional, composto pela Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (LOPES, 2009, p. 45-46).

Em verdade, o entendimento segundo o qual o reconhecimento de novos princípios ou textos normativos – além da Constituição – como parâmetros de controle de constitucionalidade figura, indubitavelmente, prática eficiente no seu sentido de seu adensamento e conseqüente politização (LEAL, 2006, p. 92). Assim, é factível a compreensão de que o tamanho e a complexidade dos parâmetros adotados para o exercício da jurisdição constitucional diretamente proporcionais à extensão do poder dos órgãos que a exercem.

Neste contexto, tem-se que a ampliação do conceito de Constituição operada pelo processo de internalização dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos enunciado no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988¹⁴ positivou no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a noção de bloco de constitucionalidade, aproximando-se do sistema inglês e de vários países da Europa continental.

Dessa forma, assevera Amaral Júnior (2008, p. 59) que tais tratados e convenções internacionais figurariam como lei constitucional extravagante, isto é, como legislação de nível constitucional, todavia não consolidada no suporte físico da Constituição enquanto documento.

Ante o exposto, é visível que a equivalência dos tratados e convenções internacionais às emendas constitucionais denotam a abertura do espectro paradigmático do controle de constitucionalidade, compreendidos, assim, na figura do bloco de constitucionalidade.

Deste modo, em acréscimo ao contexto sobre o qual se disserta, a saber, da abertura do espectro paradigmático do controle de constitucionalidade, é relevante, outrossim, a menção ao controle de convencionalidade, em análise erigida por Valerio Mazzuoli no contexto da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Versando sobre o já citado art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, aduz Mazzuoli (2009, p. 114) a possibilidade de se proceder à compatibilidade vertical das leis ou atos normativos do Poder Público tendo como parâmetro não somente a Lei Maior, tendo, por outro lado, em acréscimo à mesma, os tratados internacionais, notadamente os sobre direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no País.

Nesta linha de intelecção, assevera o referido autor o controle de convencionalidade em análise transcendental ao controle de constitucionalidade, posto que consistiria na “compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país” (MAZZUOLI, 2009, p. 114).

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Constituição Federal brasileira de 1988.

A despeito de tais explanações, faz-se mister aduzir a prevalência hodierna do seguinte paradigma, segundo o qual “não somente a violação de preceito explícito no texto constitucional que pode acarretar um juízo de inconstitucionalidade” (STRECK, 2004, p. 518). Deste modo, sobreleva-se a deferência prestada aos princípios, tais como o da proporcionalidade e da razoabilidade fazendo prevalecer a supremacia da Constituição, a qual é objetificada nas ações de controle de constitucionalidade.

Ademais, em se tratando a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade um fenômeno jurisprudencial, depreende-se de sua concretização uma compatibilidade ao senso de justiça, “não porque o direito deve às vezes curvar-se perante a moral mas é porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido” (DWORKIN, p. 635, 2014).

É a partir da compreensão da justiça como virtude que Dworkin (2003, p. 448) consolida o entendimento de que “uma interpretação da igualdade perante a lei será melhor, portanto, se perceber mais claramente o que a justiça exige”. Todavia, há de ser feita a necessária contemporização da igualdade material para que se dê a implementação da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade.

3.3.1 A abstrativização do controle incidental de constitucionalidade como decorrência de mutação constitucional

Uadi Lammêgo Bulos erige como elementos de pré-compreensão da mutação constitucional a lição de que as constituições não são eternas, bem como a noção de que consistiriam, metaforicamente, em organismos vivos (1997, p. 1-6).

Neste contexto, assevera o referido autor a coexistência de duas exigências da vida constitucional dos Estados que são deveras contraditórias, a saber, a estabilidade e a mudança. Portanto, preconiza o autor a necessária compatibilidade da estabilidade da Lei Maior à mutabilidade inerente às transformações do fato social (BULOS, 1997, p. 3). Deste modo, emerge a lição do referido autor ao aduzir a não imutabilidade do texto constitucional.

Quanto à metáfora acima enunciada, referente à compreensão da Constituição como organismo vivo, aduz Bulos (1997, p. 6) a justificativa de que no próprio preparo e ato de criação da Lei Fundamental é incumbência do legislador a previsão de possíveis modificações futuras, conferindo às normas elasticidade ante a perspectiva de recepção de novos fatos. Instrumentalizando o quanto exposto, residem nas constituições determinados dispositivos que permitem sua modificação.

Ademais, é evidente que o caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica enseja o redimensionamento da realidade normativa. Assim, as constituições, ainda que sem revisões ou emendas, assumem novos significados, expressando uma peculiar temporalidade, cujas características remetem à renovação e ao refazimento de soluções. Tais características, todavia, não decorrem de reformas constitucionais (BULOS, 1997, p. 53).

Emerge do dinamismo do ordenamento aqui enunciado, ao lado da síntese dialética das forças de transformação da sociedade, portanto, a mutação constitucional. Na dicção de Bulos, poderia a mesma ser definida como o fenômeno mediante o qual os textos constitucionais passam por modificações, sem processo de revisões ou emendas (1997, p. 54).

Já para Anna Cândida da Cunha Ferraz, mutação constitucional seria o processo de alteração de sentido, significado e alcance do texto constitucional, não obstante, sem afrontar a sua essência. Em suma, seria àquela mudança constitucional que não acarretasse contrariedade à Lei Maior (CUNHA FERRAZ, 1986, p. 9).

Consoante aponta Uadi Lammego Bulos (1997, p. 93-194), a mutação constitucional seria consubstanciada por três modos de operação, a saber: a mutação por interpretação constitucional, a mutação por construção constitucional e, por fim, a mutação pelas práticas constitucionais.

A mutação constitucional oriunda da interpretação constitucional caracteriza-se pela atribuição à Lei Maior de sentidos novos, outrora não ressaltados, o que possibilita a ocorrência de alterações informais em seu texto (BULOS, 1997, p. 118).

A mutação constitucional decorrente de construção constitucional, por sua vez, remeteria ao resultado do expediente supletivo através do qual seria construído ou recomposto o direito aplicável. Tal fenômeno ocorreria, todavia, em circunstâncias

de premência e necessidade, suprindo, assim, as vicissitudes da manifestação constituinte originária (BULOS, 1997, p. 149).

Por fim, a mutação constitucional resultante das práticas constitucionais, na dicção de Bulos (1997, p. 172-173), encontram-se insertas no contexto dos usos e costumes que se formam à luz da Lei Maior. Deste modo, emergiria o mesmo do contexto das praxes constitucionais, dos precedentes constitucionais e, igualmente, das convenções constitucionais. Nesta linha de intelecção, cabe conceituar cada uma de tais práticas.

Consoante aponta Bulos, “as praxes constitucionais são práticas às quais falta a certeza da sua obrigatoriedade” (1997, p. 173).

De outro lado, os precedentes constitucionais ou não judiciais seriam aquelas “decisões de índole política, através das quais os órgãos do poder manifestam o modo como assumem as respectivas competências em face de outros órgãos ou de outras entidades” (BULOS, 1997, p. 173). Ressalta-se aqui que a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade enquanto decorrência de mutação constitucional teria surgido no contexto deste *iter* procedimental.

Por último, as convenções constitucionais possuem tratamento diferente pelo direito comparado português, assim como nos sistemas de matriz britânica. Todavia, estariam localizadas em intrínseca relação com os usos e costumes constitucionais, alcançando, tal como ocorrem nas práticas anteriormente expostas, alteração de sentido das normas constitucionais sem a interferência dos processos formais de alteração da Constituição (BULOS, 1997, p. 173).

O debate que aduz ser a mutação constitucional operada no já mencionado artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988 a origem do fenômeno jurisprudencial em questão, levantado por Gilmar Mendes (2004, p. 7), parte, em verdade, de argumento de alta clareza. Questiona o Mendes, portanto, se o Supremo Tribunal Federal pode, “em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional” por que ocorreria a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle incidental ocorrer de modo diverso, valendo, tão somente *inter partes*?

Portanto, mediante nítida mutação constitucional, assevera Mendes, o Supremo Tribunal Federal teria alcançado a percepção de que “não poderia deixar de atribuir

significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental” (MENDES, 2004, p. 15).

4 O MÉTODO INTERPRETATIVO DA TÓPICA NA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Sarmento assevera a clareza inerente ao consenso da moderna hermenêutica constitucional que repousa na constatação de que a tarefa da aplicação da Constituição não se reduz a um simples silogismo. Deste modo, aduz o referido autor que se torna dinâmico e complexo o processo de hermenêutica constitucional em decorrência da abertura da Constituição, bem como de seu caráter eminentemente político e das factíveis vagueza, abstração e densidade axiológica das suas cláusulas mais importantes (SARMENTO, 2002, p. 123).

Assim, para compreender a real dimensão da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, situando-o no contexto da jurisdição constitucional hodierna, faz-se mister considerar as contribuições para o pensamento jurídico contemporâneo advindas da Tópica de Theodor Viehweg.

Consiste a tópica num método interpretativo de origem no pensamento de Vico, Aristóteles e Cícero, difundido, posteriormente, por Theodor Viehweg. Para Viehweg “o aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica de pensamento que está orientada para o problema” (2008, p. 33). Assim, tomando como ponto de partida o pensamento problemático, estrutura-se o procedimento de tal método, na síntese exata erigida pelo citado autor:

Numa perspectiva resumida, isto se desenvolve do seguinte modo: o problema é colocado mediante uma formulação adequada num dado nexa dedutivo mais ou menos explícito e mais ou menos extenso, da qual advém deduzida a resposta. Então, se ao nexa dedutivo se dá o nome de sistema, se poderá dizer, de modo mais resumido linguisticamente, que o problema decorre ordenado num sistema a fim de se chegar à solução (VIEHWEG 2008, p. 34-35).

Consoante aponta Larenz (1997, p. 170), Viehweg, em última instância, teria efetuado um procedimento de um discurso vinculado ao caso, assim como um tratamento englobante dos problemas emergentes no caso, com o objetivo de um consenso dos interlocutores. Deste modo, aduz ser o cerne da tópica de Viehweg a “aptidão de consenso” da solução proposta em conclusão. Logo, visualiza-se “que o problema decorre ordenado num sistema a fim de se chegar à sua solução” (VIEHWEG, p. 34, 2008).

Ante o exposto, neste trabalho de conclusão de curso, utiliza-se o método interpretativo da tópic, instrumentalizado pelo pensamento problemático, como elemento concatenador da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. Neste cenário, é determinante a função dos *topoi*, jurídicos e extrajurídicos em visível concreção do princípio da isonomia, o que será explicado oportunamente.

Em verdade, é nítida a adequação do método interpretativo sobre o qual se disserta à realidade jurídica vigente no contexto pós-1988. Justifica-se tal assertiva pela característica fluidez que se perfaz na tópic, sendo perfeitamente compatível com o fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. Assim, aduz Viehweg uma compreensão funcional dos *topoi* para fins de resolução do problema, vide fragmento abaixo:

No alterar de situações e de casos particulares se deve encontrar, pois, cada vez mais, novas informações para se fazer tentativas de resolver o problema. Os *topoi*, intervindo em auxílio, recebem em torno de si o próprio sentido do problema. Eles remanescem sempre essenciais pelo fato de que eles recebem uma ordem com relação ao problema. Em realidade, com relação ao problema que eles acompanham, uma compreensão não é imodificável, e na mesma medida nem adequada e conveniente ou inadequada. Eles devem ser entendidos funcionalmente, como possibilidade de orientação e como fios condutores do pensamento (VIEHWEG, 2008, p. 39-40)

Ademais, vislumbra-se, efetivamente, que a tópic concretiza e consolida o direito jurisprudencial brasileiro, sobretudo, considerando que a Constituição Federal de 1988 institucionaliza o princípio moral da igualdade, aduzindo a exigência de um direito que garanta, ao menos, um mínimo de universalizabilidade em sua aplicação (BUSTAMANTE, 2012, p. 326).

Outrossim, é factível a concreção do ideal da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, aduzido por Häberle, para o qual a sociedade torna-se aberta e livre, em virtude de que todos estão potencial e atualmente aptos ao oferecimento de alternativas para a interpretação constitucional (1997, p. 43).

Todavia, ressalva Häberle a relativização da interpretação jurídica ocorrida na hermenêutica constitucional hodierna. Assim, assevera o referido autor que os princípios e métodos de interpretação constitucional operariam como “filtros” sobre os quais a força normatizadora da publicidade atua e ganha conformação. Além disso, disciplinariam e canalizariam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo (1997, p. 43-44).

Por fim, é possível visualizar a concretização e consolidação acima exposta a partir da conceituação da tópica, conforme ver-se-á a seguir.

4.1 TÓPICA

Consoante aponta Larenz (1997, p. 201-202), a tópica erigida por Viehweg teria surgido como alternativa à jurisprudência positivista do século XIX, cujo método caracterizava-se pela dedução das decisões jurídicas de normas e conceitos ordenados num sistema que partia de axiomas. A despeito disso, constatou Viehweg (2008, p. 82-93) que o método axiomático-dedutivo era insuficiente, uma vez que não garantia que as decisões fossem, de fato, justas. Neste cenário, emergiu o método tópico como um instrumento à busca de decisões jurídicas para os casos concretos, os quais eram abordados como problemas.

Viehweg, em análise pormenorizada da tópica oriunda da Antiguidade Clássica, faz alusão a Cícero e a Aristóteles, para o qual o referido método interpretativo teria por objeto conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras com base numa opinião respeitável (VIEHWEG, 2008, p. 24).

Para Viehweg, todavia, a tópica ciceroniana seria inferior à tópica aristotélica (2008, p. 27-30), para o qual aquela seria uma prática da argumentação que adota um catálogo de tópicos, o qual com este desiderato teria elaborado.

Neste contexto, aduz Viehweg ser a tópica consiste um método interpretativo que consubstancia o pensamento problemático, isto é, buscando a solução a partir do problema concreto. A busca pela solução decorrente na utilização deste método, portanto, é efetivamente criada pelo operador do Direito, o que justifica também ser denominado de arte da criação (VIEHWEG, 2009, p. 34).

Ademais, é impensável a compreensão da tópica sem a compreensão dos *topoi*. “Os *topoi* são os que se referem, igualmente, aos objetos jurídicos, físicos, políticos, ou de qualquer outros tipos [...]” (VIEHWEG apud ARISTÓTELES, 2008, p. 25).

Nesta linha de inteligência, a compreensão aristotélica dos *topoi* resgatada por Viehweg aduz serem os mesmos “pontos de vista empregáveis em muitos sentidos,

aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e passíveis de condução à verdade” (VIEHWEG, 2008, p. 25-26).

A despeito do anteriormente enunciado, Viehweg (p. 43, 2008) assevera uma necessária contemporização, que remete à ciência de que, se os *topoi* e os catálogos de *topoi* oferecem apreciável auxílio ao intérprete, o domínio do problema exige flexibilidade e capacidade de expansão do mesmo. Portanto, a interpretação casuística do problema, considerando todas as peculiaridades a este inerentes, figura como cerne da tópica.

Resgatando a interpretação da tópica como “aptidão para o consenso” preconizada por Viehweg, anteriormente exposta, verifica-se que Viehweg pretende a substituição do padrão de legitimidade positivista – da validade compreendida enquanto critério científico de verificabilidade semântica e definível como pertinencialidade ao ordenamento – pelo consenso, que se condiciona à força dos *topoi* em cada caso (OITAVEN, p. 61, 2013).

Em apertada síntese, a proposta da tópica é “possibilitar o restabelecimento da relação entre direito positivo valores e justiça material na atividade judicativo-aplicativa do direito” (OITAVEN, p. 61, 2013).

4.1.1 *Topoi* jurídicos e extrajurídicos no fenômeno da abstrativização

O conceito de *topoi* é de suma importância para a compreensão da tópica. Na dicção de Sarmiento, “os *topoi* configuram lugares comuns na argumentação discursiva, que não vinculam o juiz, mas apenas apresentam-lhe alternativas possíveis para a solução de determinado problema” (2002, p. 129). Ante o exposto, aduz o referido autor que emergem os *topoi* como diretrizes retóricas oriundas da experiência, objetivando a condução da descoberta de uma solução razoável para o caso concreto.

Conforme crítica de Karl Larenz, não se conseguiria depreender com exatidão o que Viehweg entende por tópico jurídico¹⁵. Assim, informa que, aparentemente, Viehweg consideraria tópico como “toda e qualquer ideia ou ponto de vista que possa

¹⁵ Cabe ressaltar que na obra de Karl Larenz eventualmente são utilizados como sinônimos tópico e *topos*. No plural, por sua vez, utiliza sem distinção tópicos e *topoi*.

desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem” (LARENZ, 1997, p. 203).

Inicialmente, o raciocínio tópico utiliza *topoi* escolhidos arbitrariamente pelo julgador, configurando tal procedimento a tópica de primeiro grau. Em havendo a aquisição ou acúmulo de experiências jurídicas, sedimenta-se um catálogo ou repertório de *topoi* sobre cada área do Direito, o que consiste na tópica de segundo grau (SARMENTO, 2002, p. 129). Ressalta-se, todavia, que tal catálogo não é exaustivo, posto que consoante aponta Viehweg (2008, p. 42), não seria possível a constituição de um sistema completo, absorvendo toda a complexidade da vida social para fins de regulação, até porque, nenhum pensamento problemático é vinculativo.

De todo o exposto, depreende-se que *topoi* podem ser jurídicos ou extrajurídicos, ao passo em que sejam classificados tomando como critério o Direito. Na dicção de Viehweg (2008, p. 39-40), é indiferente que os *topoi* se apresentem como gerais ou especiais, uma vez que devem ser compreendidos funcionalmente, mais especificamente como possibilidade de orientação e fios condutores do pensamento.

Como cediço, os *topoi* possuem a aptidão para o estabelecimento e definição de uma compreensão já determinada num primeiro momento (VIEHWEG, 2008, p. 43). Em verdade, é exatamente a partir de tal aptidão ou potencial anteriormente citada que emerge a relação dos mesmos com o fenômeno jurisprudencial sobre o qual se disserta, considerando que:

[...] pensamento tópico em si auxilia, precisamente na forma de interpretação. Com esta, se faz, pois, de tal maneira, sem violar as antigas formas, que venham a ser descobertas novas possibilidades de compreensão. Assim sucede de tal modo que se mantêm as fixações já efetuadas, se movem, porém, estas últimas, a novos pontos de vista, que frequentemente encontram sua origem num nexo de todo diverso e apresentam, pois, só a possibilidade de que às antigas observações se dêem nova expressão (VIEHWEG, 2008, p. 43).

Deste modo, torna-se nítido o reconhecimento da ocorrência de mutação constitucional na norma do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 – cerne da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. Ademais, tal assertiva encontra justificativa no próprio método interpretativo da tópica, tendo em vista que tal mudança foi fruto do amadurecimento constitucional do Estado Democrático de Direito e da *práxis* do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, em síntese, da descoberta de uma nova possibilidade de compreensão (VIEHWEG, 2008, p. 43), sobretudo, através de uma releitura da competência senatorial inserta no citado artigo.

Portanto, é no contexto aqui enunciado no qual os *topoi* extraídos das decisões exarados em sede de controle *incidenter tantum* de constitucionalidade acabam transcendendo o caso concreto que lhes originou, conforme se verá no próximo tópico com a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença.

4.2 TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA

Consoante assevera Barbosa Moreira (2004, p. 117), o artigo 458 do CPC-73¹⁶ trataria, em verdade dos elementos ou partes que devem compor estruturalmente a sentença, remetendo, assim, ao relatório, aos fundamentos ou motivação e ao dispositivo ou conclusão. Cabe ressaltar, todavia, que os três citados elementos são exigidos não somente para a sentença, mas também para os acórdãos, vide norma inserta no artigo 165 do CPC-73¹⁷.

O relatório pode ser compreendido como síntese histórica do que de relevante ocorreu no processo. A fundamentação, por sua vez, decorre da necessidade de justificação quanto à formação da convicção judicial, a qual é preconizada pela legitimação da atividade jurisdicional. Neste contexto, a garantia da motivação das decisões judiciais possui caráter de direito fundamental do jurisdicionado, encontrando assento constitucional na norma do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988¹⁸ (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, P. 314).

¹⁶ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem. Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

¹⁷ Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso. Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

¹⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei

No sistema pátrio no qual figura a valorização do precedente judicial, sobreleva-se a importância do relatório, sobretudo na identificação da causa e de seus fatos relevantes (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 313), posto que sem os mesmos não há que se falar em aplicação de precedentes, como se verá oportunamente.

Quanto ao conteúdo da fundamentação, tem-se que na mesma são resolvidas questões incidentais, processuais e analisadas as questões de fato, remetendo-se, deste modo, às provas trazidas no processo (MOREIRA, 2004, p. 118). Acrescida à citada resolução de questões incidentais e análise de fato, figura, igualmente, a análise das questões jurídicas de mérito, consistindo as mesmas no suporte normativo subjacente às questões fáticas.

Por fim, tem-se por dispositivo a parte da decisão na qual o órgão jurisdicional estabelece um preceito ou uma afirmação imperativa, concluindo, portanto, a análise acerca de um ou mais pedidos que lhe foram dirigidos (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 349-350).

Em verdade, não houve alteração substancial nos elementos da decisão judicial com o Novo Código de Processo Civil brasileiro, vide artigo 489, incisos I a III do referido diploma¹⁹. No entanto, houve modificação no que tange à fundamentação da decisão judicial, enunciadas nos incisos do parágrafo primeiro do já citado artigo 489²⁰, em nítida concretização ao princípio da motivação das decisões judiciais²¹ e da segurança jurídica.

limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Constituição Federal brasileira de 1988.

¹⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

²⁰ Art. 489. [...] § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência

Há de se elucidar, no entanto, que as questões cuja resolução consta na fundamentação da decisão judicial não restam acobertadas pela coisa julgada material, vide artigo 469, inciso III, do CPC-73²².

Pela definição erigida por Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 513-518), coisa julgada remeteria à autoridade, a qual configura uma situação jurídica. Neste contexto, seria a mesma um efeito jurídico decorrente de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica. Tal norma jurídica, por sua vez, é individualizada e localiza-se na parte dispositiva de uma decisão judicial.

Ademais, encontram-se no artigo 502 do CPC-15²³ os corolários da autoridade inerente à coisa julgada, a saber, a indiscutibilidade e a imutabilidade (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 513-514). Assim, operaria o referido efeito jurídico numa acepção dúplice: numa dimensão impediria que uma mesma questão fosse decidida novamente, remetendo ao seu efeito negativo, enquanto noutra dimensão, deveria ser a mesma observada quando da utilização como fundamento de uma demanda, remetendo, agora, ao seu efeito positivo.

Ademais, é a coisa julgada, ainda, subdividida doutrinariamente em coisa julgada formal e material. A atribuição do vocábulo formal à coisa julgada remete à imutabilidade da decisão judicial no bojo do próprio processo em que foi prolatada, vez que não mais pode ser impugnada mediante recurso, sendo caracterizada, portanto, como uma espécie de preclusão a que se sujeita qualquer decisão (DIDIER JR.; OLIVERA E BRAGA, 2015, p. 517).

Já a coisa julgada material ou propriamente dita denota a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida, projetando-se, porém, também para fora do mesmo (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 517). Para tanto,

de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

²¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Constituição Federal de 1988.

²² Art. 469. Não fazem coisa julgada: [...] III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

²³ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

deve a decisão ser jurisdicional; versar sobre o mérito da causa, isto é, o objeto litigioso; o mérito deve ter sido prolatado no exercício de cognição exauriente; deve ter sido operada a preclusão máxima, a saber, a coisa julgada formal.

Ademais, não obstante a fundamentação da decisão judicial não ser objeto da coisa julgada, à mesma tem-se concedido eficácia vinculante, fazendo com que os motivos determinantes da sentença, insertos no citado elemento da sentença ou acórdão, não seja aplicados unicamente àquele caso concreto, operando-se, em verdade, a transcendência dos motivos determinantes da decisão para casos futuros (BRUM, 2010, p. 70).

Na dicção de Streck (2014, p. 732), essa discussão vem de longe e ocorre há muito tempo, remetendo o mesmo a estudos de direito alemão, cujo Tribunal Constitucional aduz a transcendência da eficácia da decisão do caso singular, fazendo com que os princípios decorrentes da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação constitucional devam ser observados por todos os tribunais e autoridades em casos futuros.

Nesta linha de intelecção, aduz Streck (2014, p. 727) que a partir de uma visão hermenêutica “toda decisão judicial tem um grau de abrangência e generalidade que irradia efeitos de sentido sobre toda a *applicatio* que será efetuada em casos similares”.

Cabe ressaltar todavia, as ressalvas feitas pelo referido autor (STRECK, 2014, p. 731) acerca da práxis da referida teoria, posto que assevera a necessidade de cuidado com a distinção estrutural entre fato e direito inerente à questão dos efeitos vinculantes, presentes, *in casu*, com a transcendência dos motivos determinantes da decisão judicial.

Assim, erige Streck reconstrução da história institucional do instituto sobre o qual se disserta, “revolvendo-se o chão linguístico que sustenta a tradição até aquele momento, examinando-se a pertinência de uma aplicação ao caso semelhante. Com isso, mantém-se a coerência e a integridade do sistema” (STRECK, 2014, p. 733).

Tal constructo teórico tem alcançado ampla aplicabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual, em sucessivas decisões, vem estendendo os limites objetivos e subjetivos das decisões exaradas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Tal linha jurisprudencial, aduz Barroso (2014, p. 235-236)

parece afinar-se com o propósito de racionalização da jurisdição constitucional e com a carga de trabalho do órgão de cúpula máximo do Judiciário brasileiro.

A despeito do anteriormente exposto, assevera Brum (2010, p. 72) igualmente fundado na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a teoria sobre a qual se disserta não deveria ser aplicada somente ao controle concentrado, incidindo, igualmente, no controle incidental ou difuso. Acerca do tema encontra-se importante lição no voto do Ministro Gilmar Mendes na reclamação constitucional nº 2.363 do Estado do Pará.

Outrossim, faz-se mister afastar a crítica atribuída a tal teoria que aduz a violação ao princípio da congruência no processo constitucional na aplicação da mesma. Justifica Streck (2014, p. 736) que caso o Supremo Tribunal Federal, em concretização da referida teoria, resolva alguma questão de ofício, estaria, em síntese, resolvendo questões constitucionais, afinal, cada decisão em sede de controle de constitucionalidade, mesmo que para além do pedido pelas partes, produz efeitos colaterais no sistema jurídico, posto se tratar de jurisdição constitucional.

Ademais, é factível a adequação do método interpretativo da tópica na concretização da teoria dos motivos determinantes da decisão, posto que da extração dos *topoi* jurídicos e extrajurídicos inserto na fundamentação da decisão judicial paradigma, opera-se a transcendência para situações futuras. Até porque, como aduz Streck (2014, p. 734), ao afirmar que o efeito vinculante transcende o dispositivo, está-se apenas sustentando que a decisão judicial é um todo em cujo contexto a parte dispositiva não poderia, por impossibilidade filosófica, abarcar a complexidade da discussão.

Assim, resta a conclusão de que a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença figura, hodiernamente, como meio de pacificação da interpretação do texto constitucional (BRUM, 2010, p. 81).

Ademais, como consequência da consolidação prática de tal teoria, seria admissível reclamação constitucional contra qualquer ato, seja administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo STF no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa ocorra de forma oblíqua. Neste contexto, reconheceu o órgão máximo de cúpula do Judiciário brasileiro a

legitimidade ativa para ajuizar a reclamação a terceiros, desde que necessária à observância efetiva aos precedentes da Corte (BARROSO, 2014, p. 236).

No entanto, diferentemente do que se poderia crer, a despeito da ausência de regramento legal, também figura a aplicabilidade da modulação de efeitos temporais em sede de controle incidental de constitucionalidade – seja com a aplicação analógica do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 ou mesmo sem referência a ele. Justifica-se tal postura, pois, como assevera Barroso, “a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal” (2014, p. 153-154).

De todo o exposto, é factível que a vinculação dos fundamentos determinantes exige uma nova postura do Judiciário brasileiro, que passará a ter o ônus de ajustar e justificar sua decisão no contexto da cadeia de decisões passadas, de modo que essa interpretação, lançada na decisão do caso singular, apresente melhor sentido para o direito da comunidade política, renovando-o, e, em última instância, abrindo-se a possibilidade de sua evolução conforme a situação concreta considerada em cada decisão (STRECK, 2014, p. 736).

5 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Como apontam Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias de Oliveira (2008, p. 138), a evolução do pensamento humano e das sociedades demonstra, em verdade, que quanto mais evoluído um povo, mais se tende à eliminação das desigualdades, com o fito do estabelecimento de um sistema no qual todos os indivíduos se encontrem em situação semelhante.

Tendo em vista a estruturação de um escorço histórico em relação à igualdade entre as pessoas, para tanto, desconsiderando os marcos da Idade Antiga, tem-se que o primeiro diploma do ocidente de relevo na eliminação das desigualdades é a Magna Carta da Inglaterra, datada de 1215. Tal diploma instrumentalizou o reconhecimento de direitos aos barões, limitando, de outro lado, o poder absoluto do monarca. Tal manobra, embora não refletisse diretamente num viés isonômico, apontava nesta direção (OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA, 2008, p. 138).

Ademais, com a Idade Média se prossegue o desenvolvimento da ideia de igualdade, sobretudo em razão da influência exercida pelo Direito Canônico. Todavia, o título de marco histórico coube à Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, na qual parte da nova nação que se pretendia estabelecer, hodiernamente denominada Estados Unidos da América, visava o estabelecimento da igualdade entre os colonos ocupantes. Foi exatamente este o contexto de florescimento da igualdade de condição jurídica ou isonomia entre os homens livres (COMPARATO, 2013, p. 112-113). No entanto, conforme elucida o referido autor, tal isonomia não assumia conotações de nivelamento socioeconômico da sociedade que se formava, funcionando mais como garantia fundamental da livre concorrência.

Nesta linha de intelecção, tem-se que o maior acontecimento histórico relativo à igualdade foi a Revolução Francesa, datada de 1789. Culminando na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, versando sobre os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que vieram a influenciar diversos ordenamentos jurídicos, tais como a Constituição mexicana de 1917. Auxiliou a referida Declaração, igualmente, no desenvolvimento dos direitos fundamentais. Neste momento, portanto, firmou-se a ideia jurídica de igualdade.

Na luta contra as desigualdades ocorrida na Revolução Francesa, não apenas houve a extinção das servidões feudais que vigoravam de modo secular, proclamando-se, outrossim, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Pouco tempo depois, mediante decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, houve a proibição do tráfico de escravos nas colônias. Em verdade, apenas não se conseguiu com tal movimento igualitário a derrocada da barreira da desigualdade entre os sexos (COMPARATO, 2013, p. 149).

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas erigiu a publicação, no ano de 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, na qual a igualdade entre todos era tratada como dogma a que se devia observância, inspirando o desenvolvimento dos povos (OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA, 2008, p. 139-140).

Nesta linha de intelecção Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p. 5) assevera que foi no contexto moderno e contemporâneo em que se assistiu uma ruptura face àquela concepção idealista no que tange à igualdade. No entanto, à medida em que se operou tal ruptura, houve, de outro lado, uma aproximação da ideia de igualdade relativa ou realista, preconizando, assim, que as desigualdades existentes entre os seres humanos devem ser minimizadas mediante uma legislação que vise o equilíbrio entre os extremos.

No plano nacional, tem-se que as Constituições anteriores versaram acerca do princípio isonômico desde a Constituição Imperial de 1824 até a Lei Maior de 1988. Todavia, ressalta Oliveira (2004, p. 5) que as distinções verificadas no tratamento do referido princípio na evolução constitucional brasileira é de ordem meramente gramatical, em nada lhe afetando a essência.

A despeito do anteriormente exposto, foi com a Constituição Federal de 1988 que o princípio da isonomia foi alçado como pilar do Estado Democrático de Direito, concretizando-se em diversas passagens do texto constitucional e também na legislação infraconstitucional. Deste modo, na dicção de Oliveira (2004, p. 5-6), isonomia constitucional remete à igualdade na lei, ou, de outro lado, após o estabelecimento de determinado *discrímen*, a aplicação deste deve ser extensível a todos, sem privilégios ou concessões. Portanto, consoante tal sentido deve ser compreendido o *caput* do já citado artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Em verdade, a posição de relevo ocupada pela isonomia no ordenamento jurídico-constitucional inaugurado em 1988 justifica-se em razão de ser a própria a origem dos demais direitos e garantias constitucionais, visto que integra o conteúdo normativo dos mesmos (ALVES, 2004, p. 143-144).

Conforme aduz Gilmar Mendes (1993, p. 52), o princípio da isonomia pode ser visto simultaneamente como exigência de tratamento igualitário e como proibição de tratamento discriminatório. Neste diapasão, a lesão ao referido princípio apresenta problemas referentes à exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, posto que concede vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos em detrimento de outros em condições idênticas.

Portanto, é sob tal ótica que deve ser compreendido o fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, visto que a aplicação uniforme da Constituição a todos seus destinatários, mediante a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão exarada em controle incidental concretiza o princípio da isonomia, na medida em que exclui do ordenamento jurídico situações incompatíveis à igualdade.

Ademais, cumpre elucidar a concretização da igualdade formal, que remete à consecução do próprio princípio da legalidade. Todavia, é necessária a observância da igualdade matéria, no conteúdo da lei, aqui compreendida em sentido amplo. Deste modo, é no componente material do âmbito de validade normativa que se encontra ínsita a igualdade preconizada pelo preceito constitucional (ALVES, 2004, p. 144).

Por fim, face às novas incursões da jurisdição constitucional pós-1988, alcança o princípio da isonomia sua concreção máxima no fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, posto que a culmina na aplicação uniforme da Constituição a todos seus destinatários a partir da atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão.

5.1 A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL EXARADA NO CONTEXTO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

No contexto das novas incursões da jurisdição constitucional, tais como a legitimação de novos parâmetros para o controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição, emerge a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade.

O fenômeno da modulação de efeitos adentrou o ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 9.868/99, especificamente em seu artigo 27²⁴. Deste modo, aduz Streck (2014, p. 802), a depender do caso a ser tratado, pode figurar espécie de “inconstitucionalidade por tempo certo” ou “inconstitucionalidade interrompida”, posto que se opera uma ruptura na antiga tradição da atribuição de efeito *ex tunc* às decisões exaradas em sede de controle concentrado. Em verdade, seria tal efeito retroativo, nas ações diretas de inconstitucionalidade, herança do sistema norte-americano, no qual o efeito de declaração de inconstitucionalidade, *ab initio*, nulifica a lei desde o seu nascimento.

Nesta linha de intelecção, Zavascki (2012, p. 64) erige distinção entre a eficácia normativa e eficácia executiva ou instrumental. A primeira, em verdade, tangencia a validade ou invalidade da norma, e, em última instância à sua manutenção ou exclusão do sistema normativo. Já a segunda possui relação com as consequências da decisão no plano da realidade prática. Assim, conclui o autor que a eficácia executiva e o efeito vinculante a ela inerente atuam de modo prospectivo, e não retroativamente, como se poderia pensar.

Ante o exposto, Zavascki (2012, p. 64) preleciona que a modulação de efeitos atua de modo exclusivo no plano executivo da decisão, não incidindo, ao contrário, no plano referente ao sistema normativo propriamente dito. Portanto, a limitação da força executiva da sentença declaratória de inconstitucionalidade remeteria à

²⁴ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Lei n. 9.868 de 1999.

adequação entre o quadro normativo oriundo da declaração de inconstitucionalidade e a situação jurídica *in concreto* em sentido contrário.

Cabe ressaltar que convivem harmonicamente no ordenamento jurídico brasileiro duas espécies de modulação de efeitos, a saber: uma que se opera *ope legis*, independentemente de provimento judicial, e outra decorrente da decisão judicial, fundada no já citado artigo 27 da Lei 9.868/99 (ZAVASCKI, 2012, p. 64-65). A modulação *ope legis* tem vez quando o próprio ordenamento jurídico obsta ou aplica restrições à revisão de determinados atos jurídicos ou sentenças já definitivamente consolidados. A título exemplificativo encontram-se os atos insuscetíveis de anulação, modificação ou rescisão que foram acobertados pela prescrição, decadência ou coisa julgada. À segunda espécie de modulação encontra-se subjacente juízo de ponderação entre os valores jurídicos em colisão com o fito de harmonizá-los e torná-los viáveis, mediante a promoção, caso necessário, dos ajustes limitativos na eficácia executiva da declaração de inconstitucionalidade para que se concretize a referida harmonização.

Acrescida a tais espécies de modulação de efeitos, por sua vez, se encontra a hipótese em que o órgão de jurisdição constitucional reputa a lei ainda constitucional, isto é, transitoriamente tolerável no ordenamento jurídico (LEAL, 2006, p. 96). Assim, a decisão exarada neste contexto figura como solução intermediária entre o vazio normativo originado pela declaração de inconstitucionalidade e a preservação do diploma inconstitucional. Em situações como esta, efetua o Poder Judiciário apelo ao Poder Legislativo para que, dentro de determinado lapso temporal, legisle consoante os parâmetros constitucionalmente estabelecidos.

Em concretização da situação ora explanada figura o já citado RE 197.917, na qual o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese sobre a qual se disserta ao reconhecer a inconstitucionalidade da Lei do Município de Mira Estrela, no Estado de São Paulo, que fixava em onze o número de membros do Poder Legislativo local em face da proporcionalidade estabelecida no artigo 29 da Constituição Federal de 1988²⁵.

²⁵ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos. Constituição Federal do Brasil de 1988.

O fundamento da modulação sobre a qual se disserta, em verdade, remete à preservação dos efeitos concretos decorrentes norma até o momento da declaração de inconstitucionalidade em virtude da presunção de constitucionalidade (FERNANDES, p. 244-245, 2009).

Cabe ressaltar, todavia, que a despeito da ausência de positivação da aplicabilidade da modulação de efeitos (artigo 27 da Lei nº 9.868/99) para os processos subjetivos, se restringindo apenas aos objetivos representados pela ADIn e ADC, é pacífica a restrição dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, bem como pelos juízos de 1º grau e Tribunais, operada no controle incidental. Tal aplicação ocorre, todavia, não pautada no citado artigo 27, mas sim no princípio da proporcionalidade na manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (FERNANDES, 2009, p. 246-247).

Ademais, preleciona André Dias Fernandes (2009, p. 246) que as mesmas razões que enseja a restrição dos efeitos da decisão nos processos objetivos positivadas no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 podem, igualmente, estar presente nos processos subjetivos, legitimando, assim, a possibilidade de se modularem de efeitos da decisão.

A aplicabilidade da modulação de efeitos em sede de controle incidental foi sustentada por Gilmar Ferreira Mendes no AI 582280, no qual informa que o princípio da nulidade da lei inconstitucional continua sendo a regra em âmbito de controle de constitucionalidade. Todavia, erige a possibilidade de afastamento da sua incidência, a qual fica condicionada a um juízo de ponderação fundado no princípio da proporcionalidade, sobrelevando a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante.

De todo o exposto, operada a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, vez que reconhecida a mutação constitucional havida no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, figura como consectário lógico a modulação dos efeitos da decisão exarada.

Deste modo, com a produção dos efeitos *erga omnes* visando à aplicação uniforme da Constituição, em evidente concreção ao princípio da isonomia, faz-se mister a liberdade da extensão temporal das decisões com o fito de melhor garantir a

segurança jurídica e de adequar o controle de constitucionalidade às demandas da sociedade (AGRA, 2008, p. 65).

Portanto, parece razoável, conforme assevera Mendes (2007, p. 73), assumir a convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, inclusive no que diz respeito à técnica de decisão, considerando, igualmente, que além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com fins de definição da dimensão básica da limitação, deverá o STF efetuar outras ponderações fundadas no art. 27 da Lei 9.868 de 1999.

5.2 ADAPTABILIDADE DE TAL DECISÃO JURÍDICA À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Conforme enuncia Gilmar Mendes (1993, p. 42), o relevante papel dos órgãos de jurisdição constitucional no mundo hodierno desafia a criatividade do jurista com o propósito de desenvolver técnicas de decisão adequadas à promoção da concretização da vontade constitucional.

Em verdade, figuram como realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais a expansão da jurisdição constitucional e a sua conseguinte politização (LEAL, 2006, p. 101).

Neste contexto, em virtude da politização, a autoridade de suas decisões perante os demais poderes e a sociedade atrai a pretensão de organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos e especialistas para tomarem parte nos processos que correm perante os órgãos de jurisdição constitucional.

Assim, erige-se um ambiente de legitimação política à semelhança do processo legislativo a partir do incremento gradual na participação dos atores sociais e políticos dos mais diversos matizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade (LEAL, 2006, p. 101).

Nesta linha de intelecção, considerando o fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental, operando-se, igualmente, a modulação dos efeitos de sua decisão, tratar da adaptabilidade de tal decisão jurídica à realidade da

jurisdição constitucional brasileira faz emergir uma velha indagação, qual seja: quem deve controlar o controlador?

Em decorrência de indagações como esta que faz-se mister a observância de uma certa cautela no fenômeno jurisprudencial em apreço, para que não se opere o desvirtuamento do próprio instituto do controle de constitucional em sua modalidade incidental, transmudando-se em mera cópia do controle principal.

Portanto, a cautela evidentemente obsta reducionismos como os que aduzem ser a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade fiel reprodução do controle principal, todavia, sob um enfoque jurisprudencial.

Neste contexto, Assevera Leal (2006, p. 101) as justificativas inerentes ao questionamento acima enunciado acerca de “quem controlaria o controlador”, uma vez que seria decorrência própria da desenvoltura paralegislativa com que vem sendo desempenhada essa função nos dias atuais. Assim, pondera o autor que diante da ausência de restrições mais efetivas e face às novas matérias a serem enfrentadas – especialmente em relação aos movimentos internacionais de integração econômica e política –, são reduzidas as chances de tal tendência expansionista da jurisdição constitucional ser refreada. Logo, paulatinamente supera-se a figura do legislador negativo.

Ademais, em síntese pode-se concluir que a adaptabilidade de tal decisão jurídica exarada em sede de controle incidental de constitucionalidade pressupõe necessariamente à legitimação social e à sua justificação mediante ponderação instrumentalizada pelo princípio da proporcionalidade, sopesando-se o alcance da modulação de efeitos.

Nesta linha de intelecção, a instituição de canais de diálogo entre a jurisdição constitucional e os demais órgãos e poderes especiais, possibilitando a necessária oxigenação da jurisprudência constitucional não é justificativa plausível para que se instaure estado de controvérsia política permanente, comprometendo a jurisdição constitucional e, por conseguinte, a Constituição. Assim, restaria igualmente em situação de eminente fragilidade a segurança e a estabilidade necessárias às relações interpessoais e, sobretudo, interpoderes (LEAL, 2006, p. 112).

5.3 PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA, PRECEDENTES E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Conrado Mendes intentou elucidar o que veio a denominar de desenho institucional, ao abordar o papel do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade. Neste contexto, superando a tradicional dicotomia existente entre procedimentalismo e substancialismo, preconizou algumas máximas com a necessária clareza para o nebuloso cenário da recomposição da ordem jurídico-constitucional. Informou, deste modo, que “não há procedimento que garanta resultados justos; não há instituição infalível, por melhor que seja desenhada, de uma determinada justiça substantiva não advém um desenho institucional” (MENDES, 2008, p. 11).

Assim, diante da falibilidade das instituições na consecução da justiça substantiva e levando em consideração os novos contornos assumidos pela jurisdição constitucional hodierna para fins de implementação do Estado Democrático de Direito, figuram os precedentes judiciais como concretizadores da estabilidade jurídica, da racionalidade nas decisões e, sobretudo, da isonomia.

Conforme contextualização erigida por Barroso (2012, p. 99-100), tem-se observado nos últimos anos no direito brasileiro a tendência de valorização dos precedentes judiciais. Deste modo, aduz o referido autor que a atitude geral de enaltecimento da jurisprudência seria positiva em virtude da promoção de valores relevantes, tais como segurança jurídica, isonomia e eficiência.

Ademais, consoante assevera Bustamante (2012, p. 254-255), não há apenas razões institucionais para se seguir precedentes, mas também há razões de ordem moral.

A despeito disso, é factível que não é resultante de tal movimento de valorização dos precedentes a vedação de seu afastamento num caso concreto ou mesmo da alteração jurisprudencial. Em verdade, o que impõe a ascensão doutrinária e normativa do precedente, informa Barroso (2012, p. 100), é a deferência e cautela na sua superação.

Instrumentalizando a citada cautela na superação da jurisprudência figuram os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir efeitos

unicamente prospectivos a suas decisões que culminem na alteração da jurisprudência dominante.

De todo o exposto, é factível que a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade oriunda da mutação constitucional operada na norma do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, a despeito de privilegiar o princípio da isonomia, representando hipótese de concretização deste – consoante enunciado em capítulo próprio – reformula, em verdade, o instituto do controle *incidenter tantum* de constitucionalidade de acordo com uma perspectiva democrática. Justifica-se: ante a aplicação uniforme da Lei Maior a todos seus destinatários, fortalecida, sobretudo, no sistema de valorização de precedentes instaurado com o Novo Código de Processo Civil brasileiro, figura a máxima consolidação de valores do Estado Democrático de Direito, tais como segurança jurídica, isonomia e, em última instância, justiça.

A valorização dos precedentes acima enunciada perpassa a compreensão do *stare decisis*. Em síntese, considerando que uma decisão, na medida em que derivada de fonte dotada de autoridade e, simultaneamente, interferindo sobre a vida dos jurisdicionados, figura como precedente que deve ser observado por aquele que o produziu e também pelos que estão obrigados a decidir casos similares (MARINONI, 2013, p. 105).

Como assinala Marinoni (2013, p. 106), a despeito de as decisões no sistema brasileiro comumente não respeitem os julgados das Cortes superiores, tal comportamento oriundo da *práxis* do Judiciário pátrio consiste em patologia arraigada em nossa tradição jurídica.

Todavia, tal assertiva não mais condiz com o ordenamento jurídico processual instaurado pelo Novo Código de Processo Civil, sobretudo quando este dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que invoque precedente sem a identificação de seus fundamentos determinantes ou sem a demonstração que o caso em exame se ajuste àqueles fundamentos ou que deixe de seguir precedente invocado pela parte

ausente a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, conforme art. 489, § 1º, V e VI²⁶.

Neste contexto, resta indubitável que os cidadãos possuem o direito de esperar que o Judiciário decida como no passado, não variado sem fundamento forte as sentenças que profere. A deferência prestada aos precedentes e agora positivada no Novo Código de Processo Civil ratifica o entendimento de que as decisões não podem ser incompreensíveis ou destituídas de clareza, visto que os jurisdicionados necessitam de parâmetros para fins de definição comportamental. Logo, torna-se incumbência do Judiciário a uniformidade de suas decisões (MARINONI, 2013, p. 106-107), garantindo, assim a segurança jurídica inerentes à prática reiterada dos tribunais.

Portanto, nesta linha de intelecção anteriormente exposta, ante a concretização do princípio da isonomia efetuada pela abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, aliada à valorização dos precedentes perpetrada pelo novo Código de Processo Civil, privilegiando a estabilidade e segurança jurídica, nos aproximamos da consecução da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição enunciada por Häberle (2002, p. 57). Deste modo, se amplia a legitimidade do debate constitucional.

²⁶ Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

6 CONCLUSÃO

Em síntese, depreende-se da análise aqui erigida:

1. Que o controle de constitucionalidade se encontra em correlação com as noções de inconstitucionalidade e é reprimido através do exercício da jurisdição constitucional;
2. Que o controle de constitucionalidade brasileiro reflete a rigidez e supremacia constitucional. Tal instituto pode ser conceituado como a verificação de compatibilidade entre uma lei ou qualquer outro ato normativo infraconstitucional face a Constituição;
3. Que a evolução histórica do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras denota adaptações dos modelos americano e austríaco. No entanto, a despeito de tais inspirações estrangeiras, figura, hodiernamente, como um modelo peculiar e voltado para a concretização do programa inserto na Constituição Federal de 1988;
4. Que a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade consiste num fenômeno jurisprudencial oriundo da prática reiterada de interpretação constitucional efetuada pelo Supremo Tribunal Federal. Em verdade, teria surgido no contexto do ativismo judicial e da judicialização, qual seja, o do pós-positivismo destinando-se, assim, à consecução das metas do Estado Democrático de Direito. Deste modo, consiste o referido fenômeno na atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão do citado órgão de cúpula exarada em processos de controle incidental de constitucionalidade;
5. Que o reconhecimento da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade remete à conclusão de que foi operada mutação constitucional no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Todavia, a despeito do julgamento da Reclamação Constitucional 4.335 do Estado do Acre em 20 de março de 2014, a qual debatia a perpetuação da citada mutação constitucional, tê-la refutado, é factível que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal permanecem em dissenso quanto ao tema, polarizando-se entre os que tendem a seguir tal fenômeno e aqueles que aduzem sua impossibilidade, como demonstram os casos concretos analisados no presente trabalho;

6. Que, diante da exposição de diretivas práticas e teóricas, instrumentalizada pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pela utilização do método tópico e da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, é factível a viabilidade jurídica do fenômeno jurisprudencial da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade;

7. Que é visível a harmonização dos efeitos da sentença exarada em sede de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* como elemento concretizador do mandamento nuclear do princípio da isonomia, na medida em que preconiza a aplicação uniforme da Constituição a todos seus destinatários.

8. Por fim, que a decisão decorrente da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade possui como consectário lógico a modulação de efeitos, manifestando, igualmente, a justiça substantiva. Ademais, sua adaptabilidade à realidade brasileira é visualizada mediante os novos parâmetros assumidos pela jurisdição constitucional hodierna, de amplo viés democrático e implementador do programa constitucional. Acresce que tal fenômeno jurisprudencial ganha maior relevo com o sistema de precedentes judiciais consolidado na prática reiterada do Supremo Tribunal Federal, positivado no novo Código de Processo Civil brasileiro. Deste modo, atingem seu grau máximo os princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como a aplicação uniforme da Constituição a todos seus destinatários.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 e 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

APPIO, Eduardo. A teoria da inconstitucionalidade induzida. In: **Revista de Direito Processual Civil**, n. 35. Curitiba: Genesis, 2005.

ALVES, Maristela da Silva. Princípio da isonomia constitucional. In: OLIVEIRA, C. A. Alvaro de (org.) [et al]. **Processo e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, abr/jun. 2003, p. 233. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/858/R158-14.pdf?sequence=4>>. Acesso em 04 de outubro de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado. In: **Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI**. Manaus: 2006. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf>. Acesso em 06 de junho de 2015.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Yale Press University, 1986.

BINEBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da lei n.º 9.868/99. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de Direito Constitucional** – Controle de Constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. **A nova jurisdição constitucional** – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília (DF): Ministério da Justiça, 1997.

BRANCO, Paulo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FALLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELLINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/compilado.htm>. Acesso em 18 set. 2014.

BRASIL. **Enunciado de Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em 02 de dezembro de 2014.

BRASIL. **Lei federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2014.

BRASIL. **Lei federal nº 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2014.

BRASIL. **Lei federal nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 04 de dezembro 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. In: **Revista forense comemorativa – 100 anos**, v. 1 / coordenador: Nagib Slaib Filho. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 34, n. 136 out./dez. 1997, p.29. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/288/r136-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em 04 de outubro de 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade** – Teoria e Prática. 7.ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____. **Leituras complementares de direito constitucional** – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Organizador – Marcelo Novellino. 2ª edição revista e atualizada. Editora Jus Podivm. 2008

_____. O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de Direito Constitucional** – Controle de Constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DANTAS, Miguel Calmon. Competência do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. v. 13. Salvador: 2006.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. Transformações do recurso extraordinário. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e assuntos afins**, v. 10, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2014.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FEDRIZZI RODRIGUES, Clóvis. Celeridade processual versus segurança jurídica. In: **Revista de processo**, nº 120, ano 30. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF** – efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. Editora Jus Podivm, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y libertades. In: **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, ano IV, n. 7, Madrid: Universidad Carlos II, jan. 1999. p. 63-79.

Disponível em < <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1333>>. Acesso em 06 de maio de 2015.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. In: **Revista de processo**. Ano 23, nº 90, abril-junho de 1998. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998.

HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição – considerações do ponto de vista nacional-estatal constitucional e regional europeu, bem como sobre o desenvolvimento do direito internacional. In: **Direito Público**. – v. 1, n. 1 (out./dez. 2007). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005 – v. 5, n. 18.

_____. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. – 8ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF).

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006

LOPES, Ana Maria D’ávila. **Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais**: desafios do poder judiciário. Revista Sequência: publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 59, ano XXIX, p. 43-60, dez. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. **Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil**. Da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004. Brasília, a. 43, n. 170, abr./jun. 2006, p.17. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92446/Marques%20Andreo.pdf?sequence=1>>. Acesso em 04 de outubro de 2014.

MAZZUOLI, Valério. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Brasília, a. 46, n. 18, jan./mar. 2009. p. 113. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª edição. 11ª tiragem. Editora Malheiros, 2003.

MENDES, C.H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: USP, 2008.

MENDES, Gilmar. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de

nulidade no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. v. 191. jan./mar. 1993. Rio de Janeiro: Renovar LTDA, 1993.

_____. As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos. In: **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. a. II, n. 3. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007.

_____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: **Revista dos Tribunais**, a. 88. v. 766. ago. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: **Revista de informação legislativa**, v.41, n.162. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 21 set. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997, p. 11. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/220/r134-02.PDF?sequence=4>>. Acesso em 04 de outubro de 2014.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3718.pdf>>. Acesso em 05 de dezembro de 2014.

OITAVEN, Daniel. **A tensão hermenêutica entre os papéis representativos do legislativo e do judiciário**: uma interpretação construtiva do princípio da separação dos poderes. Salvador: Jus Podivm, 2013.

OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: OLIVEIRA, C. A. Alvaro de (org.) [et al]. **Processo e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Princípio da isonomia. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 132.

PEIXOTO, Geovane. **Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2002.

SILVA, Paulo Napoleão Nélon Basile Nogueira da. **A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. In: SLAIBI FILHO, Nagib (coord.). **Revista forense comemorativa 100 anos**. Tomo I – Direito Constitucional. / coordenador, Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. Curitiba, Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da **revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04)**. In: AGRA, Walber Moura (coord.). **Comentários à reforma do poder judiciário**. / coordenador, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.