

A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Márcia Walquiria Batista dos SANTOS¹

Ariane Grisolia Faria SILVA²

Kleber José STOCCO³

Carla Regina de Freitas ARAÚJO⁴

RESUMO

Este trabalho buscou estudar os efeitos da abstrativização das decisões proferidas pelo método de controle constitucional que conhecemos como difuso. Como o controle de constitucionalidade por este método pode ser contraditório e ineficaz, tendo em vista que, após a declaração de inconstitucionalidade da lei no caso concreto, pode-se dizer que a lei é inconstitucional. Porém, de acordo com a corrente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a abstrativização não é aceita. Por ser esta declaração realizada de modo difuso, incidental, entre as partes do processo, a lei ora inconstitucional continua em vigor para os demais. O que, de fato, é um contrassenso.

Palavras chave: Controle de constitucionalidade difuso, abstrativização, incidente.

ABSTRACT

This study sought to investigate the effects of standardization of judgments of the Constitutional method of control we know as diffuse. As constitutional adjudication by this method can be contradictory and ineffective, given that, after the declaration of unconstitutionality of the law in this case, it can be said that the law is unconstitutional. However, according to current adopted by the Supreme Court, the standardization is not accepted. For this statement to be made diffuse, incidentally, between the parties of the case, sometimes the law unconstitutional remains in force for the other. What, indeed, is a nonsense.

Keywords: Control of diffuse constitutionality, standardization, incident.

¹ Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Professora Titular do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD).

² Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado de Roraima, especialista em Direito Público e mestranda em Direito, pela Escola Paulista de Direito (EPD).

³ Advogado, especialista em Direito do Trabalho e mestrando em Direito, pela Escola Paulista de Direito (EPD).

⁴ Advogada, especialista em Direito do Trabalho e Docência Superior e mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD).

1. NORMAS CONSTITUCIONAIS

Espécies do gênero norma jurídica, as normas constitucionais têm características especiais, o que as tornam tão peculiares e distintas das demais, como por exemplo, seu caráter iniciante, autônomo e incondicionado.

Iniciante, porque inaugura a ordem jurídica do Estado, firmando o novo regime social e político; autônomo, porque não é vinculado a ordenamento jurídico antecedente e não é sujeito à validade em comparação com a norma anterior, pelo contrário; a Constituição é uma lei que se basta. Ela é quem irradia os fundamentos de validade e legitimidade do ordenamento pátrio; incondicionado, finalmente, por não estar atrelado a condições de outrora, motivo que explica também sua autonomia. A norma constitucional inova, revoluciona e transforma toda ordem jurídica já existente.

O direito constitucional realmente é matéria peculiar e de importância destacada. Konrad Hesse, assinala que dentre as peculiaridades do direito constitucional está o “grau hierárquico, a classe de suas normas, as condições de sua validade, e a capacidade para se impor perante a realidade social”⁵.

Estas características se devem à distinção feita pela primeira vez por Emmanuel Joseph Sieyès, que trouxe à tona a diferença entre poder constituinte e poder constituído, e supremacia da Constituição⁶.

Para entendermos como Sieyès construiu sua tese, é preciso cientificarmo-nos do entorno fático no qual ele estava inserido. Ao redor de Sieyès estavam a crise econômica e social da França, o período pré-revolucionário francês. E ali estava a convocação dos Estados Gerais⁷ feita por Luís XVI para debater a reforma tributária francesa. O Terceiro Estado foi quem saiu prejudicado, reflexo de sua importância minoritária para a monarquia, pois foram assegurados somente os direitos da nobreza e do clero sobre o aumento da taxaço tributária para suprir o déficit orçamentário.

Perante esta realidade é deflagrado o processo revolucionário francês de

5 HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional. Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 6.

6 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le tiers état?*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 20.

7 Os Estados Gerais se compunham por representantes do clero, dos nobres e dos comuns (denominados de Terceiro Estado).

1789, a partir de um conflito entre o Terceiro Estado e as demais ordens sociais.

Após embates partidários, o Terceiro Estado declarou sua legitimidade para instruir uma Assembleia Nacional com ou sem a presença da nobreza e do clero, com o fim de elaborar uma nova ordem jurídica.

O problema em questão era a existência de privilégios fiscais existentes, já constituídos.

Foi então que, em 4 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional decretou a igualdade tributária na França, ao extinguir os benefícios e privilégios fiscais. Em termos exatos, vale destacar o acontecimento histórico: “Diante do fato de Luiz XVI se recusar à sanção destes decretos, prevalece, mais uma vez, a tese de Sieyès de que à Nação cabe uma autoridade anterior de estabelecer a ordem jurídica. Em consequência, tal proposição traduz-se na ideia de um Poder Constituinte Originário por parte da nação⁸”.

Assim, o poder constituinte originário demonstrou seu poderio inaugural, inovador e ilimitado, já que não sofre restrição alguma do direito positivo anterior⁹.

Numa realidade bem próxima de nós, a da promulgação da Constituição de 1988, Willis Guerra Filho acrescenta que este norte inaugural guiou os constitucionalistas, “no sentido de que se abandonasse completamente o Estado ditatorial a que se viu submetido por quase três décadas, e se ingressasse, então, numa ordem política diametralmente oposta, plenamente democrática¹⁰”.

Com todos os elementos constitucionais destacados e bem delineados, é de crucial importância neste estudo sobre a abstrativização do controle difuso, nos cientificarmos dos meandros da supremacia da Constituição.

2. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Conforme exposto acima, os elementos normativos das normas constitucionais a tornam superior em relação às demais leis do ordenamento jurídico.

8 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le tiers état?*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 21.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 162.

10 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 12

O princípio da supremacia da constituição está intimamente relacionado à sua força normativa.

E a força normativa, por sua vez, decorre da combinação dos fatores reais com fatores jurídicos. De acordo com os escritos de Konrad Hesse¹¹,

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

Deste modo, a Constituição jurídica não pode estar separada da realidade de seu tempo. Esta é a condição de sua eficácia. Assim, graças ao seu elemento normativo, a Constituição jurídica modifica a realidade. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.

Eficaz e ativa, ela é quem dita as regras do jogo.

Como bem esclarece Kelsen, citado por Barroso¹², a supremacia constitucional traduz-se em uma superlegalidade formal e material. Segundo Kelsen,

[...] a superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.

Neste sentido, pode-se afirmar que a norma constitucional está no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento e validade para as demais normas jurídicas.

A supremacia da Constituição, levada a efeitos materiais e formais, tem como via de estabilização o controle de constitucionalidade.

11 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. pag. 15

12 *Idem*, p. 164.

Esta é a ferramenta que faz valer a superioridade da norma Constitucional.

A par da supremacia constitucional, passa-se ao estudo do Controle de Constitucionalidade em si, que é dividido no Brasil, em duas espécies: Controle Abstrato e Controle Difuso. Por possuir este caráter dúplice, o sistema adotado pelo Brasil é denominado de Misto.

3. MÉTODO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL ABSTRATO

A modalidade de controle constitucional abstrato, como nos ensina Marcelo Novelino¹³, foi consagrada pela primeira vez na Constituição da Áustria de 1920, fruto da criação intelectual de Hans Kelsen.

Por ser adotada em diversos países da Europa, esta modalidade também é denominada de sistema europeu ou austríaco. No Brasil, ela surgiu pela primeira vez na Constituição de 1946, trazida pela Emenda Constitucional nº 16/1965.

O foco desta modalidade de controle é a defesa da ordem constitucional objetiva. O pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato normativo ou lei, ora combatida.

Na Constituição de 1988 há quatro ferramentas para este tipo de controle, quais sejam: A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (AIO).

Neste estudo o nosso foco estará sobre a ADI.

A análise e decisão sobre inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual cabe somente ao Tribunal Constitucional, no caso, ao Supremo Tribunal Federal¹⁴. É para esta corte que os pedidos de análise de inconstitucionalidade são dirigidos.

Nesta ação eminentemente declaratória não há litigantes e, por isso, entende-se que não há lide.

13 NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 257

14 *De acordo com o artigo 102, inciso I, alínea 'a', da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, processar e julgar a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.*

Para a decisão, é necessária a presença na sessão de julgamento de pelo menos oito Ministros¹⁵.

Efetuada o julgamento, para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é preciso que pelo menos seis Ministros se manifestem tanto em um, quanto em outro sentido¹⁶.

A reserva de plenário, exigida para o Tribunal quando da declaração de inconstitucionalidade, está prevista no artigo 97 da Constituição Federal, e é fundamento característico deste modelo de controle, já que no outro, no controle difuso, a reserva de plenário é dispensada.

Oportunamente, Gilmar Mendes¹⁷ defende que o embrião da ADI e da ADC está, na prática, distorcida do instituto da representação interventiva. Em ambas as ações, o confronto entre a lei ou ato normativo e a Constituição ocorre independentemente da existência de uma lide.

Quando o ato normativo é declarado inconstitucional, há a declaração de que ele não nasceu coberto pelos preceitos legais constitucionais. Por isso, considera-se que a lei nasceu ‘morta’. É lei nula. Não é capaz de produzir efeitos legais, cabendo ao judiciário apenas declarar esta incompatibilidade com a Constituição.

Por esta condição de nascer ‘morta’¹⁸, toda relação jurídica decorrente da lei inconstitucional é desconstituída.

A declaração de inconstitucionalidade, da qual não cabe a interposição de recursos ou mesmo ação rescisória, ressalvada a interposição de embargos

15 É o que dispõe o artigo 22 da Lei nº 9.868/99.

16 *Aqui temos um caráter duplice da ADI e ADC. E, de acordo com o artigo 23 da Lei nº 9.868/99: Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou norma impugnada se num ou outro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.*

17 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva: 1990. p. 259.

18 *Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que destaca também, que em determinados casos específicos de boa-fé, os efeitos gerados pela lei inconstitucional podem ser convalidados pela nova Constituição:*

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO: GRATIFICAÇÃO CONCEDIDA COM BASE NA LEI 1.762/86, ART. 139, II, DO ESTADO DO AMAZONAS. INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE À CF/1967, ART. 102, § 2º. EFEITOS DO ATO: SUA MANUTENÇÃO. I. - A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé. No caso, os efeitos do ato, concedidos com base no princípio da boa-fé, viram-se convalidados pela CF/88. II. - Negativa de trânsito ao RE do Estado do Amazonas. Agravo não provido.

(RE 341732 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 01-07-2005 PP-00094 EMENT VOL-02198-4 PP-00761).

declaratórios, como afirma o artigo 26 da Lei nº 9.868/99, possuirá, além dos efeitos vinculantes e “*erga omnes*”¹⁹, o efeito “*ex tunc*”²⁰. Neste efeito, a declaração, retroage à data da propositura da Lei, para desconstituir todos seus efeitos, como salientado acima.

Aqui vale apenas uma ressalva²¹: de acordo com o artigo 26 da referida lei, pela maioria de dois terços dos membros do STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, os efeitos desta declaração podem ser modulados, ou seja, podem ficar restringidos ou ainda decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou em outro momento que venha a ser fixado. É o que a doutrina chama de modulação de efeitos da decisão.

4. MÉTODO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL DIFUSO

Esta espécie de controle, conhecida também como via de exceção, via de defesa, controle concreto, difuso ou incidental é ação que se maneja de maneira prejudicial. Ou seja, na análise do caso concreto, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei é um ponto colateral, mediato, que influenciará a decisão do pedido principal. É a inconstitucionalidade indireta.

Sob a influência das doutrinas norte-americanas, este modelo de controle surgiu no Brasil com a Constituição de 1891²².

Nesta seara, ele pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal no âmbito de sua competência²³, já que o objetivo principal do controle difuso-concreto é a proteção de direitos subjetivos. Por ser apenas uma questão incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade pode se dar de ofício, sem a provocação das partes.

Para ilustrar, tomamos, por exemplo, uma situação hipotética. Digamos que em determinada execução fiscal, o contribuinte é acionado judicialmente para pagar imposto municipal incidente sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, o

19 Pois, de acordo com o artigo 102, § 2, da CF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, 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 federa, estadual e municipal.

20 Vale destacar que, de acordo com a Lei 9.868/99 é possível que o STF module os efeitos da decisão. Porém, o efeito “*ex tunc*” é a regra. A modulação é excepcional.

21 Vide nota 13.

22 SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 64.

23 NOVELINO, p. 241.

conhecido ISS. O contribuinte, inconformado com a cobrança, alega que o dispositivo legal no qual se fundamenta o fisco para o pedido é inconstitucional.

Neste panorama temos: pedido, cobrança de débitos de ISS; causa de pedir: subsunção da hipótese de incidência com a situação fática praticada pelo contribuinte.

A inconstitucionalidade da lei, da qual se serviu o fisco, é matéria incidental, que pode mudar toda a história do caso se eventualmente reconhecida.

O reconhecimento da inconstitucionalidade não deve ser feito no dispositivo, mas na fundamentação da decisão, e terá efeitos *inter partes* e *'ex tunc'*. A possibilidade de adoção da eficácia *erga omnes*, de forma a atingir terceiros, foi o tema do julgamento da Reclamação 4.335/AC, e que passamos a analisar.

5. ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO NO MÉTODO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL DIFUSO

A Reclamação 4.335/AC acendeu na jurisprudência a discussão sobre os efeitos da abstrativização da decisão no controle difuso.

Antes de adentrar no mérito da discussão vale tecer alguns comentários sobre esta abstrativização.

Com este nome complexo, o que se busca nada mais é do que dar alcance aos efeitos da decisão que declarou uma norma inconstitucional pelo método difuso para além das partes do processo. Seria dizer que a decisão ganharia contornos *erga omnes*.

Pois bem, a Lei dos Crimes Hediondos, (Lei nº 8.072/90), em sua redação original, dispunha que, para os condenados pela prática destes crimes ou a eles equiparados não era possível a progressão de regime de cumprimento da pena, já que teriam que cumprir toda a reprimenda em regime integralmente fechado.

E fevereiro de 2006, o STF julgou um Habeas Corpus, e declarou que o referido texto que tratava da impossibilidade da progressão de regime era inconstitucional.

Ou seja, o Supremo, por meio do controle difuso de constitucionalidade, ao analisar o pedido de soltura de um único preso, declarou que determinada disposição da lei de crimes hediondos feria a Constituição porque violava

a individualização da pena (art. 5, XLVI, CF), pois obrigava o juiz a sempre condenar o réu ao regime integralmente fechado, independentemente do caso concreto e das circunstâncias pessoais do acusado, e que a proibição da progressão de regime prejudicaria a ressocialização do condenado.

O HC 82.959/SP, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, discutiu quais seriam os efeitos desta decisão, no que tange o seu alcance, sua amplitude. Esta decisão teria por acaso efeito vinculante?

Ora, de acordo com a teoria tradicional adotada até então sem mistérios pelo STF a resposta estaria à beira e seria: não. Na época, entendeu-se neste sentido.

Por que? Explicamos. O método de controle constitucional, do qual o STF se utilizou, foi o controle difuso, no qual a declaração de inconstitucionalidade se configura como um pedido indireto.

E dentre os efeitos deste método de controle está o alcance limitado de sua decisão, tendo em vista que é aproveitado apenas pelas partes do processo. Não é vinculante. Não é aproveitada por terceiros alheios ao pedido, no caso, os demais presos pela condenação em crimes hediondos ou equiparados de todo país, que cometeram crimes na vigência desta redação originária do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90.

Quem não era parte neste HC ficaria de fora da progressão de regime, outrora concedida.

Não obstante, para os demais restaria esperar o Senado Federal suspender a execução da norma declarada inconstitucional. Pois, no controle difuso, é este o caminho a se percorrer para que a norma seja definitivamente retirada do ordenamento²⁴ e, assim, surtir efeito para terceiros.

Mas porque este caso merece tanto destaque?

Voltamos a abstrativização do controle difuso.

Por esta teoria, caso o plenário do STF decida sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, mesmo que a ferramenta utilizada seja o controle difuso, a decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado. Assim, teria

24 De acordo com o artigo 52, inciso X, da CF, compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

eficácia contra todos e efeito vinculante.

Pois bem, caso esta teoria fosse adotada, nenhum juiz poderia condenar o apenado ao regime integralmente fechado com base no dispositivo declarado inconstitucional.

No entanto, ao contrário, sem a adoção desta teoria, qualquer magistrado poderia sentenciar no sentido de condenar o réu ao cumprimento integral de sua pena no regime fechado, ainda que o STF, em julgamento similar tenha reconhecido a inconstitucionalidade do texto legal.

Ora, o que se discute aqui não é o efeito das decisões do STF, já que elas realmente não possuem caráter vinculante e os juízes são protegidos pelo princípio do livre convencimento para julgar as matérias das quais são competentes.

O que se inclui em pauta é a declaração de inconstitucionalidade. Esta declaração não pode ser considerada apenas um precedente ou uma jurisprudência favorável ao réu. Ressalta-se, é uma declaração de inconstitucionalidade, e ainda mais, emitida com reserva de plenário.

Na Reclamação proveniente do Estado do Acre, impetrada pela Defensoria Pública, o objeto do pedido era a aplicação do direito à progressão de regime de cumprimento de pena de crimes hediondos, que fora negado pelo juízo da vara de execuções penais de Rio Branco, sob argumento de que a decisão do STF que permitiu a progressão não teria efeito vinculante. Aduziu também o juízo monocrático que a execução da Lei não havia sido suspendida pelo Senado, portanto, continuaria em plena vigência.

Dentre os argumentos da defensoria estavam que a decisão do juiz feriu a autoridade do STF que já havia declarado o dispositivo atacado como sendo inconstitucional.

No julgamento o STF proveu a Reclamação, porém, fundamentando sua decisão na Súmula Vinculante 26, que fora editada após o ajuizamento da Reclamação, mas antes do seu julgamento. Na Súmula, o STF atesta ser permitida a progressão de regime em crimes hediondos. E no caso de decisão contrária a Súmula Vinculante, cabe a Reclamação Constitucional. Por esta razão foi deferida a Reclamação para cassar a decisão do juiz das execuções penais de Rio Branco.

Porém, o que chama atenção são os votos proferidos pelos Ministros do

STF, no qual, foram vencidos Gilmar Mendes e Eros Grau, tendo sido os únicos que expressamente afirmaram que²⁵: “As decisões do Plenário do STF proferidas em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos erga omnes e que o papel do Senado, atualmente, é o de tão somente- dar publicidade ao que foi decidido, tendo havido mutação constitucional do artigo 52, X da CF/88”.

Todos os demais Ministros foram contrários a esta teoria, de modo que, para o STF, a abstrativização do controle difuso não é aplicada, pelo que a decisão proferida nestes casos continua sendo *inter partes*, sem efeito vinculante, até que o Senado suspenda a execução do dispositivo.

Para ilustrar, vale colacionar um quadro elaborado pelo professor Márcio André Lopes Cavalcante²⁶:

A reclamação deveria ser conhecida, pois houve ofensa à decisão do HC 82.959	A reclamação deveria ser conhecida porque houve ofensa a SV 26 – STF	A reclamação não deveria ser conhecida porque o HC 82.959 tem eficácia <i>inter partes</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Gilmar Mendes • Eros Grau (aposentado) 	<ul style="list-style-type: none"> • Teori Zavascki • Luis Roberto Barroso • Rosa Weber • Celso de Mello 	<ul style="list-style-type: none"> • Teori Zavascki • Luis Roberto Barroso • Rosa Weber • Celso de Mello • Sepúlveda Pertence (aposentado) • Joaquim Barbosa • Ricardo Lewandowski • Marco Aurélio

Portanto, apesar da declaração de inconstitucionalidade da lei, do reconhecimento de que seus preceitos ferem o ordenamento jurídico, para o STF, o controle difuso continua sendo restrito às partes do processo.

O que, a nosso ver, é um retrocesso jurídico. Pois, o cerne da questão já foi conhecido e discutido: a lei foi declarada inconstitucional. Porque, então, o apego ao excesso de formalismo para estender os efeitos de decisão a todos condicionando a uma decisão do Senado, tendo em vista que se trata de controle constitucional já realizado pelo STF?

²⁵ Artigo STF não admite a teoria da abstrativização do controle difuso e o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional: entendendo a Rcl 4335/AC. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em 20/06/2014.

²⁶ Idem.

Por oportuno, vale salientar que esta fórmula de suspender a execução da lei por decisão do Senado surgiu com a Constituição de 1934²⁷, que solucionou na época, a maneira de conceder o efeito *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle difuso. Trazemos a memória que neste período, o Brasil ainda não possuía ferramentas de controle abstrato, cuja primeira inserção aconteceu somente com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965.

Ou seja, a segurança jurídica que pode ser respeitada na modulação dos efeitos da decisão no controle concentrado, não é a mesma segurança jurídica da declaração de inconstitucionalidade proferida pelos mesmos Ministros que decidem um caso concreto, como no HC 82.959/SP?

Desta feita, não há como compreender este passo atrás do STF. Resta-nos aguardar novos julgamentos com decisões dos novos Ministros que compõe o STF neste momento, já que 3 dos que votaram contra a teoria não fazem mais parte do Supremo.

Por fim, vale acrescentar as citações trazidas por Inocêncio Mártires Coelho, segundo o qual, o constitucionalismo contemporâneo, de relevante importância para a compreensão destes atuais temas, se caracteriza pelos seguintes postulados básicos: “a) mais princípios do que regras; b) mais ponderação do que subsunção; c) mais juízes do que legisladores; e d) mais Constituição do que lei”²⁸.

6. CONCLUSÃO

Pelo conjunto de ideias apresentado, é possível concluir que o efeito da abstrativização do controle difuso deveria ser melhor avaliado pelo Tribunal Constitucional do Brasil.

Este efeito de abstrativização pode evitar distorções jurídicas e retrabalho ao judiciário, já que, nos moldes atuais, uma vez declarada inconstitucional a lei ou ato normativo, pelo controle difuso, ela continuará válida e eficaz para os demais. Não obstante, o melhor sentido deve ser aquele pautado pelo equilíbrio de métodos, no qual a abstrativização do controle difuso é capaz de proporcionar.

²⁷ *Idem.* 65.

²⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

Por último, vale registrar uma citação feita por Bruno Rêgo²⁹, o qual relata o pensamento do ex-Ministro Carlos Velloso, sobre o choque entre o controle concentrado e o controle difuso: “Penso de modo contrário: os dois sistemas, ou os dois tipos de controle, bem aplicados, constituem notável avanço em relação, por exemplo, às Cortes Constitucionais da Europa. Costumo dizer, aliás, que os europeus estão no meio no caminho. O controle difuso tem inúmeras vantagens. Se juntarmos as vantagens de um e de outro, ganha a ordem jurídica, ganha a Constituição que fica mas bem defendida”.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 162.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Andamento processual **RE/341732 - Ag.Reg. no Recurso Extraordinário**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=125&dataPublicacaoDj=01/07/2005&incidente=3594954&codCapitulo=5&numMateria=21&codMateria=3>>. Acesso em 28/06/2014.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. Manual de derecho constitucional. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva: 1990.

29 RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 339.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le tiers état?*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

STF não admite a teoria da abstrativização do controle difuso e o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional: entendendo a Rcl 4335/AC. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em 10/05/2014.

ANÁLISE dos efeitos nas decisões em sede de controle de constitucionalidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26071/analise-dos-efeitos-nas-decisoes-em-sede-de-controle-de-constitucionalidade#ixzz3652JnCoJ>>. Acesso em 15/06/2014.

Recebido em: 30/05/2016

Aprovado em: 28/06/2016