

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

**A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DA "ABSTRATIVIZAÇÃO" DO
CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE COM O MODELO
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO DELINEADO PELA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

**L'INCOMPATIBILITÀ DEL TEORIA " ABSTRATIVIZAÇÃO "
COSTITUZIONALITÀ CALCESTRUZZO MODELLO DI CONTROLLO CON
PROCESSO COSTITUZIONALE DELINEATO DA COSTITUZIONE REPUBBLICA
FEDERALE DEL BRASILE 1988**

Rômulo Geraldo Pereira

Resumo

O presente estudo tem por objetivo demonstrar que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade é incompatível com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, isto porque ao defender que deve ser conferido efeito geral (eficácia erga omnes) às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto de constitucionalidade a mesma contraria o dispositivo constitucional que garante que o destinatário do provimento final, no presente caso, do provimento jurisdicional, tem o direito fundamental de participar do processo institucionalizado para sua construção.

Palavras-chave: Controle concreto de constitucionalidade, "abstrativização", Incompatibilidade, Modelo constitucional de processo

Abstract/Resumen/Résumé

Questo studio c'è come obiettivo dimostrare che la teoria della "abstrativização" del controllo concreto di costituzionalità è incompatibile con il modello costituzionale di processo delineato dalla Costituzione della Repubblica federativa del Brasile nel 1988, questo perché al difendere che deve essere conferito effetto generale (efficacia erga omnes) alle decisioni emesse dal Supremo Tribunal Federal "em sede" di controllo concreto di costituzionalità contravviene lo stesso la disposizione costituzionale che garantisce che il destinatario del "provimento" finale, in questo caso, di "provimento" giurisdizionale, ha il diritto fondamentale di partecipare del processo istituzionalizzato per sua costruzione.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Controllo concreto di costituzionalità, "abstrativização", Incompatibilità, Modello costituzionale di processo

1 INTRODUÇÃO

A análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos demonstra que este tribunal tem esboçado uma forte tendência de concentração da função de intérprete das normas constitucionais. Para tanto o Supremo Tribunal Federal tem conferido eficácia geral (*erga omnes*) e efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade.

A tendência esboçada pelo Supremo demonstra que alguns de seus Ministros têm acolhido a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade, isto ao fundamento de que esta teoria contribui para assegurar a força normativa da Constituição e a uniformidade de interpretação de seu texto, o que, por consequência, geraria maior segurança jurídica.

Em que pese os argumentos apresentados pelos defensores da referida teoria é preciso salientar que a mesma vem sendo aplicada de forma acrítica, sem a análise de sua compatibilidade com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O presente estudo tem por objetivo justamente demonstrar que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade é incompatível com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição brasileira de 1988.

Demonstrada a incompatibilidade da teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição brasileira de 1988 passar-se-á a demonstrar que sua aplicação em contrariedade com o modelo constitucional de processo causa sérios e graves prejuízos aos direitos e garantias fundamentais, em especial ao direito fundamental de participação nos procedimentos judiciais institucionalizados para produção do direito.

Para se atingir o objetivo proposto, inicialmente será analisada a origem e os fundamentos da teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade, que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na sequência serão apresentadas as críticas tecidas por parte da doutrina à referida teoria.

Já no terceiro capítulo do presente estudo será demonstrado que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade é incompatível com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que sua aplicação em contrariedade com o modelo constitucional de processo causa sérios prejuízos aos direitos e garantias fundamentais - isto por impedir que o cidadão participe, de forma legítima, do procedimento institucionalizado para construção do provimento jurisdicional a que ficará sujeito.

Em linhas finais deste item é importante salientar que a metodologia utilizada na presente pesquisa apoiou-se nos métodos monográfico (quanto ao procedimento) e hipotético-indutivo (quanto à abordagem). Ainda no que tange a vertente teórico metodológico foi utilizada a linha crítico-metodológica, necessária a adequada compreensão do tema e ao cumprimento dos objetivos propostos.

2 ORIGENS E FUNDAMENTOS DA TEORIA DA "ABSTRATIVIZAÇÃO" DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concreto de constitucionalidade, por ser realizado incidentalmente, como prejudicial de mérito de um processo subjetivo, produz efeitos apenas entre as partes que participaram da construção do provimento final (decisão judicial).

Malgrado, alguns estudiosos vêm sustentando a necessidade de se conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Como se percebe a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade defende que seja conferida eficácia geral (*erga omnes*) e efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto de constitucionalidade, no qual a compatibilidade da norma com o sistema constitucional é analisada incidentalmente, como questão prejudicial de mérito.

Não é exagero dizer que esta teoria tem raízes no instituto norte-americano do *stare decisis* que estabelece que os órgãos judiciais devem observar o precedente emanado da Corte Constitucional.

No Brasil, quando da criação do controle concreto de constitucionalidade (1891), Rui Barbosa defendeu a adoção do instituto norte-americano do *stare decisis*. Isto por entender que a introdução desta espécie de controle em sistemas de tradição romanística (*civil law*) sem a previsão de mecanismos que garantissem o respeito aos precedentes emanados do "Tribunal Constitucional", poderia gerar divergências de interpretação das normas constitucionais entre os vários órgãos do Poder Judiciário, mormente quando da análise da constitucionalidade de determinado ato normativo, o que, a seu olhar, violaria os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. (NOVELINO, 2011, p. 280).

No mesmo sentido da tese defendida por Rui Barbosa, Mauro CAPPELLETTI (1999, p.80) salienta que o insucesso da adoção do controle difuso nos países de tradição *civil law* foi evitado nos Estados Unidos da América com a criação do instituto denominado *stare decisis*. Cita-se o ilustrativo trecho de sua obra, *verbis*:

O manifesto insucesso da adoção do controle difuso nos países de tradição romanística e as graves consequências resultantes de conflito e de incerteza foram evitados nos Estados Unidos da América, como também nos outros países de *common law*, em que vige o sistema de controle judicial difuso de constitucionalidade. Ali vale de fato [...] o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual a decisão proferida pelas cortes superiores de cada jurisdição são vinculantes para as cortes inferiores da mesma jurisdição.

E continua o professor:

O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court*, cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos do judiciário.

Como se percebe a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade, segundo seus defensores, busca garantir a força normativa da Constituição, sua supremacia e a aplicação uniforme de suas normas.

Secundária ou reflexamente referida teoria busca assegurar ao Supremo Temo Tribunal Federal a função de intérprete máximo da Constituição. (LENZA, 2008, p. 154).

Justamente com o discurso de assegurar a força normativa da Constituição e a uniformidade de interpretação de suas normas, a partir de meados da década passada, o Supremo

Tribunal Federal passou a esboçar uma forte tendência de concentração da função de intérprete das normas constitucionais.

Sob a justificativa de conferir uniformidade a interpretação das normas constitucionais o Supremo Tribunal Federal passou a conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Para demonstrar esta tendência de concentração da função de intérprete das normas constitucionais, esboçada pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se citar, a título de exemplo, o julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP¹, no qual o Tribunal conferiu eficácia *erga omnes* à sua decisão.

Em seu voto o Ministro Nelson Jobim salientou que não estava decidindo o caso concreto, mas a constitucionalidade da norma inscrita no §1.º, do art. 2.º, da Lei n. 8.072/90, cita-se:

Se os colegas concordarem, gostaria de explicar, como já feito pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que, na verdade, não estamos decidindo o caso concreto, estamos decidindo o regime de progressão ou não do sistema.

Para não deixar dúvidas sobre a eficácia (*erga omnes*) conferida à decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Reclamação n. 4.335/AC², na qual a Defensoria Pública do Estado de Alagoas se insurgiu contra decisão que deixou de afastar a norma declarada inconstitucional pelo Supremo quando do julgamento do referido *Habeas Corpus*. Na oportunidade o Ministro Relator Gilmar Mendes argumentou que "(...) a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e o advento da Lei n. 9.882/99 alteraram de forma radical a concepção dominante sobre a separação dos Poderes, tornando comum no sistema decisões com eficácia geral (...)" e concluiu, *in verbis*:

¹ STF – HC 82.959-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio (23.02.2006): "O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Melo e Presidente (Ministro Nelson Jobim). **O Tribunal, por votação unânime, explicou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional**, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão." (g.n).

² STF – Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes (01.02.2007): "O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício. (...)." Plenário, 20.03.2014.

Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. (g.n).

Importante ainda citar ilustrativo trecho do voto proferido pelo Ministro Relator da Reclamação Constitucional n 4.335, *in verbis*:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 - publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê.

No mesmo sentido se manifestou o Ministro Luís Roberto Barroso ao proferir seu voto, *in verbis*:

E eu estou de acordo com sua Excelência - e de longa data - que o papel dos precedentes no sistema brasileiro vem mudando ao longo do tempo. Na verdade, os dois grandes sistemas jurídicos, eles vêm se aproximando, porque, na tradição romano-germânica, cada vez mais, os precedentes têm um papel mais importante, e, na tradição do Direito anglo-saxão, cada vez mais, a legislação escrita vem proliferando. E eu acho que essa é uma mudança saudável, embora boa parte dos juristas brasileiros seja crítico dessa ascensão dos precedentes, eu acho que ela não só é importante como é uma inevitabilidade, porque o respeito aos precedentes e à expansão do papel dos precedentes atende a três finalidades constitucionais importantes: a primeira é a segurança jurídica. Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, conseqüentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é. Além disso, essa disseminação do respeito aos precedentes atende o princípio da isonomia, na medida em que evita-se que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso,

o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou. De modo que sou um defensor de longa data disso que eu costumava chamar de cultura de respeito aos precedentes, e que o Ministro chamou de efeito expansivo na sua decisão.

Como se percebe, o Supremo Tribunal Federal, através de formulação jurisprudencial (mutação constitucional), vem conferindo eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade, isto ao fundamento de que a concentração da função de intérprete da Constituição acaba por fortalecer sua força normativa.

Em que pese os fundamentos apresentados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que vêm adotando a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade, essa tendência de concentração da função de intérprete das normas constitucionais é alvo de muitas críticas formuladas por parte da doutrina nacional – é o que se passa a demonstrar.

3 CRÍTICAS À TEORIA DA "ABSTRATIVIZAÇÃO" DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

Após demonstrar que a ordem constitucional brasileira, inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, acolheu o sistema misto de controle de constitucionalidade, conferindo competência para declarar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo a todos os órgãos do Poder Judiciário, João Paulo Aguiar Santos apresenta as críticas abaixo indicadas à teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade. (SANTOS apud NOVELINO, 2011, p. 280).

Inicialmente João Paulo Aguiar Santos salienta que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade limita, de forma inconstitucional, a competência atribuída pelo legislador constituinte aos demais órgãos do Poder Judiciário, pois estes ficariam vinculados às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo o autor, citado por NOVELINO (2011, p. 280), não é possível extrair das normas constitucionais o entendimento de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto de constitucionalidade, devem prevalecer sobre o entendimento dos demais juízes que compõem o Poder Judiciário.

Na sequência, João Paulo Aguiar Santos defende que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade reduz a relevância do dispositivo constitucional (art. 103, da CRFB/88) que prevê o rol de legitimados a iniciar o procedimento de controle abstrato de constitucionalidade, pois, acaso prevaleça o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal pode conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade, a norma declarada inconstitucional poderá ser excluída em definitivo do sistema jurídico sem a participação dos legitimados a iniciar o processo de controle abstrato de constitucionalidade. (NOVELINO, 2011, p. 280).

O autor ressalta, por fim, que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade choca-se frontalmente com o dispositivo constitucional insculpido no art. 52, inc. X, da CRFB/88 (BRASIL, 2013, p. 43), que estabelece que cabe ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto de constitucionalidade. (NOVELINO, 2011, p. 280).

No mesmo sentido de João Paulo Aguiar Santos se posicionou o Ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento da Reclamação Constitucional n. 4.335. Cita-se interessante trecho de seu voto, *in verbis*:

Trata-se de saber se a decisão proferida no HC 82.959, quanto ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, em sua redação primitiva, é dotada de eficácia *erga omnes*, independente ou não do cumprimento do disposto no art. 52, X, da Constituição da República, que confere ao Senado a competência privativa para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

[...]

No Brasil, o controle de constitucionalidade originou-se com a promulgação da primeira Carta republicana, em 1891, que adotou o modelo de controle difuso norte-americano, sem, contudo, incorporar a sistemática do *stare decisis*, tendo em vista a tradição romanística de nosso Direito.

Tal adaptação criou um problema para a jurisdição constitucional, uma vez que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, operavam efeitos apenas entre as partes, ensejando a possibilidade de prosperarem soluções distintas para casos semelhantes.

Visando a atenuar o problema, o constituinte de 1934 resolveu atribuir competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Judiciário (arts. 91, IV, e 96). Tal fórmula foi mantida pelas Constituições de 1946 (art. 64), de 1967/69 (art. 42, VII) e a de 1988 (art. 52, X).

[..]

Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa.

A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes, concebido em meados do século XVIII na França pré-revolucionária pelo Barão de la Brède e Montesquieu, exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas - se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos. O referido teórico, para tanto, concebeu a famosa fórmula segundo a qual “*le pouvoir arrete le pouvoir*”, de modo a evitar que alguém ou alguma assembleia de pessoas possa enfeixar todo o poder em suas mãos, ensejando, assim, o surgimento de um regime autocrático

As críticas à teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade, que vem, aos poucos, sendo acolhida pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal, chama a atenção para sua incompatibilidade com o sistema constitucional.

O legislador constituinte não outorgou ao Supremo Tribunal Federal, de forma exclusiva, a função de intérprete do texto constitucional.

Em um Estado Democrático de Direito a função de intérprete da Constituição não deve ser atribuída exclusivamente a um órgão, pois se a Constituição regulamenta todos os setores da vida social (públicos e privados) a sociedade também deve participar desse processo interpretativo. Por esta razão HÄBERLE (1997, p. 13) defende que a limitação da hermenêutica constitucional geraria o empobrecimento de seu texto.

A modificação do sistema de controle concreto de constitucionalidade, através da via interpretativa (mutação constitucional) extrapola os limites do texto constitucional. Ademais, a modificação pretendida jamais poderia se dar pela via jurisprudencial, pois "(...) só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos." (HABERMAS, 1997, p. 146).

Não bastassem todas essas críticas, que já são suficientes para demonstrar que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade não se adequa ao sistema constitucional brasileiro, é preciso salientar que esta teoria também é incompatível com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4 A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DA "ABSTRATIVIZAÇÃO" DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE COM O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO DELINEADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

É preciso reconhecer inicialmente que o texto constitucional delineia um modelo constitucional de processo, composto por uma variedade de princípios que orientam a construção dos procedimentos necessários à implementação das funções públicas. (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 11).

Assim, um dos grandes desafios que as teorias que objetivam contribuir para o aperfeiçoamento dos procedimentos destinados a regulamentar as formas de produção das normas jurídicas (procedimento legislativo, administrativo ou jurisdicional) encontra-se na missão de compatibilizar esses procedimentos com o modelo de processo delineado em determinado ordenamento constitucional.

No Brasil não seria diferente, as teorias que têm por objetivo o aperfeiçoamento dos procedimentos legislativos, administrativos e jurisdicionais têm o desafio de compatibilizar esses procedimentos com modelo constitucional de processo delineado pela Constituição da República de 1988, tarefa que, por certo, reafirmará o compromisso dessas teorias com o sistema de direitos e garantias fundamentais. É o que ensina Cintia Garabini LAGES (2014a, p. 14), *in verbis*:

A grande tarefa que se impõe à Teoria Geral do Processo não se resume apenas e tão somente à descrição das diversas teorias processuais apresentadas em momentos distintos, no tempo e no espaço, mas a de possibilitar, sobretudo, o confronto das teorias processuais com um modelo de processo que se apresente adequado segundo um determinado ordenamento constitucional. À Teoria Geral do Processo compete ainda perquirir acerca do uso das teorias que produz e por ele se responsabilizar, reafirmando seu compromisso com o sistema de direitos fundamentais sobre o qual se funda o constitucionalismo moderno.

Salientado que as teorias que buscam o aperfeiçoamento dos procedimentos destinados a regulamentar as formas de produção das normas jurídicas devem ser compatíveis com o modelo de processo delineado na ordem constitucional, legitimamente em vigor em seu tempo e espaço, passa-se a analisar se a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade é compatível com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4.1 O modelo constitucional de processo delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, logo em seu primeiro artigo, deixa claro que institui um Estado Democrático de Direito comprometido com a transformação social (ALMEIDA, 2008, p. 352). Esse o paradigma que deve nortear os atos normativos que retiram validade do texto constitucional.

Jürgen HABERMAS (1997, p. 157), em sua teoria do discurso, explica que o Estado Democrático de Direito deve prever procedimentos que assegurem a participação de seus cidadãos nos procedimentos destinados a regulamentar as formas de produção das normas jurídicas (provimento final) a que ficarão sujeitos. Nesse sentido, somente a garantia de participação do destinatário da norma jurídica (provimento final) no procedimento institucionalizado para sua formação poderá legitimá-lo. Em outras palavras salienta Cinto Garabini LAGES (2014b, p. 16), *in verbis*:

Segundo a Teoria do Discurso de Habermas, o paradigma do Estado Democrático de Direito caracteriza-se como um paradigma procedimental, podendo ser entendido como a institucionalização de processos e pressupostos comunicativos necessários para formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia privada e pública na criação legítima do direito tanto no âmbito da legislação quanto no da aplicação do direito.

Assim, segundo a Teoria do Discurso de Habermas, somente a institucionalização de instrumentos que garantam a efetiva participação dos cidadãos nos procedimentos (legislativo, judicial ou administrativo) destinados à criação do direito garante a legitimidade do direito produzido.

A Constituição brasileira de 1988, quando trata do procedimento de criação judicial do direito, assegura a participação igualitária dos cidadãos (destinatários do provimento final) no procedimento institucionalizado para construção da decisão judicial. Nesse sentido, a teoria processual que melhor se compatibiliza com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição brasileira de 1988 é a teoria desenvolvida pelo italiano Elio Fazzalari que compreende o processo como uma espécie de procedimento que deve se realizar em

contraditório. Explicando a teoria de Fazzalari, Aroldo Plínio GONÇALVES (1992, p. 115) ensina:

Há processo sempre onde houver procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na "simétrica paridade" da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

Ao assegurar o direito fundamental de participação no procedimento institucionalizado para formação do direito (provimento final) o art. 5.º, inc. LV, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2013, p. 25), traça o modelo constitucional de processo delineado pelo sistema normativo constitucional.

4.2 A incompatibilidade da teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição brasileira de 1988

Demonstrado que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 delineou um modelo constitucional de processo que assegura a participação dos destinatários dos provimentos finais (emanados do poder legislativo, do poder executivo ou do poder judiciário) nos procedimentos institucionalizados para sua construção, é preciso verificar se a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade é compatível com esse modelo constitucional de processo.

É necessário lembrar inicialmente que o controle concreto de constitucionalidade, no Brasil, é exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, de forma incidental a um processo "subjetivo". Assim, a decisão proferida nesta espécie de processo tem eficácia apenas entre as partes que participaram da construção da decisão judicial destinada a declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma questionada.

Ao conferir eficácia *inter partes* à decisão proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade o legislador nada mais fez do que preservar a compatibilidade do procedimento jurisdicional destinado à construção desse provimento com o modelo de processo delineado pelo sistema constitucional.

À luz dessas considerações fica fácil perceber que a concessão de eficácia *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade acaba por atingir pessoas que não participaram da construção da decisão judicial destinada a declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma questionada, o que, por consequência, contraria o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição brasileira de 1988.

O modelo constitucional de processo delineado pela Constituição brasileira, outorgada no ano de 1988, assegura às partes o direito fundamental de participação, em simétrica paridade, no procedimento institucionalizado para regulamentar a forma de construção do provimento final (decisão judicial). Nesse sentido ensina Cinti Garabini LAGES (2014b, p. 23), *in verbis*:

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório possibilita às partes participar do discurso de aplicação das leis, ao apresentarem as razões segundo as quais uma determinada norma deve ser aplicada ao caso com a exclusão das demais, atendendo, assim, aos pressupostos de produção legítima do direito enunciado pelo Estado Democrático de Direito.

Ao defender a concessão de eficácia *erga omnes* à decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade, a teoria da "abstrativização" retira das partes a possibilidade de participarem do discurso de aplicação das leis, desenvolvido no bojo do procedimento jurisdicional. Nesse sentido, estas decisões se tornam ilegítimas perante as partes que não participaram dos procedimentos judiciais instaurados para sua construção, pois a garantia de participação em contraditório é uma exigência para o exercício democrático do Poder Jurisdicional. (MARINONI, 1999, p. 255-258).

O direito construído no bojo de um procedimento jurisdicional vincula legitimamente as partes que participaram deste procedimento. Claro, desde que este procedimento tenha assegurado às mesmas o direito de apresentarem seus fundamentos e, dessa forma, influenciarem o órgão julgador a decidir em um ou outro sentido. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 41).

A legitimidade do provimento final (decisão judicial) está diretamente ligada à garantia conferida aos seus destinatários de participarem (dimensão formal do contraditório), com poder de influenciar (dimensão substancial do contraditório) a decisão do órgão jurisdicional, do procedimento institucionalizado para sua construção. (DIDIER JÚNIOR, 2014. p. 56).

A toda evidência a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade é incompatível com o modelo de processo delineado pela Constituição brasileira de 1988, pois se torna óbice ao direito assegurado constitucionalmente aos cidadãos de participarem da construção dos provimentos estatais que possam repercutir em suas esferas de direitos.

Poder-se-á questionar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade também possui eficácia *erga omnes*, atingindo a esfera de direitos de pessoas que não participaram da construção da decisão. A questão, porém, é diversa.

No processo de controle abstrato de constitucionalidade o legislador constituinte elegeu um rol de pessoas, órgão ou instituições (art. 103 da CRFB/88) legitimadas a iniciarem o procedimento e atribui ao Advogado Geral da União o dever de defender o ato normativo cuja constitucionalidade é questionada.

Assim, no processo de controle abstrato de constitucionalidade o direito de participação na construção do provimento final é exercido indiretamente (participação indireta) através das pessoas, órgão ou instituições eleitas pelo legislador constituinte. Nesse sentido, o provimento se legitima frente à sociedade brasileira.

5 CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo chega-se à conclusão de que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade é incompatível com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Apesar dos adeptos da referida teoria defenderem que a mesma busca assegurar a força normativa da Constituição através da concentração da função de intérprete de suas normas no Supremo Tribunal Federal, o que se viu foi que a mesma não observa o modelo constitucional de processo delineado para legitimar a produção do provimento jurisdicional e, por consequência, o próprio exercício do Poder Judiciário.

O Estado Democrático de Direito, como salientado, deve ser estruturado procedimentalmente de modo que seus cidadãos tenham assegurado o direito de participarem, de

forma efetiva, dos procedimentos institucionalizados para produção dos provimentos finais (legislativos, administrativos ou jurisdicionais) a que ficarão sujeitos.

A teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade, ao defender que deve ser conferido eficácia geral (*erga omnes*) às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício desta espécie de controle, contraria o dispositivo constitucional que garante que o destinatário do provimento final tem o direito fundamental de participar do procedimento institucionalizado para regulamentar a forma de sua construção. Por esse motivo esta teoria é incompatível com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição brasileira de 1988.

Uma teoria, por melhor que sejam seus objetivos, não pode desconsiderar o modelo constitucional delineado pela Constituição de um povo, mormente se este modelo garante o processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Não se quer com o presente estudo negar o importante papel das teorias para construção e reconstrução dos institutos jurídicos ou que as mesmas não possam criticar e apresentar alternativas para os modelos vigentes. Ao contrário, entende-se que as funções de criticar e de apresentar alternativas sejam as funções mais relevantes desempenhadas pelos teóricos e por suas teorias.

O que se buscou ao longo deste artigo foi demonstrar que a teoria da "abstrativização" do controle concreto de constitucionalidade é incompatível com o modelo constitucional de processo delineado pela Constituição brasileira de 1998 e que, por isso, a mesma deve ser rejeitada, uma vez que retira do cidadão o direito fundamental de participar do procedimento destinado a viabilizar a construção do provimento jurisdicional a que ficará sujeito.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **II fondamenti costituzionali dela giustizia civile**: il modelo costituzionale del processo civile italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 16. ed. São Paulo: RIDEEL, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959-7/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ n. 169, de 01 de setembro de 2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 14 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4.335/AC**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ n. 64, de 01 de abril de 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=4335&classe=Rcl>. Acesso em 14 de julho de 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Curso de direito processual civil**. 16.^a ed. rev., atual. e amp. Salvador: JusPODIVM, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio: Aide Editora, 1992.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II.

LAGES, Cintia Garabini. **O caráter democrático do processo legislativo**. Artigo apresentado durante as aulas do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna, 1.º semestre, 2014a.

_____. **A inadequação do processo objetivo à Luz do modelo constitucional do processo brasileiro**. Artigo apresentado durante as aulas do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna, 1.º semestre, 2014b.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional.** O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.