

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM O MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO**

MARIA LUIZA DE FIGUEIREDO TIMM

Matrícula: 22498

Sincretização do controle de constitucionalidade: os fenômenos da abstrativização do controle concreto e da concretização do controle abstrato.

Professor: Guilherme Peña de Moraes

Matéria: Direito Constitucional

Rio de Janeiro

2023

## 1. INTRODUÇÃO:

O ordenamento jurídico é um sistema que pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmônica. Nesse sentido, tem-se que o Estado é uno e, em princípio, não pode haver contradições em seu sistema normativo.

Eventual ruptura dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. Um dos modos de conformação das normas do ordenamento jurídico é justamente o controle de constitucionalidade, instrumento de verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Esta, por ser norma superior dentro do sistema normativo, o qual se estrutura de maneira escalonada, serve de parâmetro de validade de todas as demais normas existentes no ordenamento.

Com isso, pode se dizer que o controle de constitucionalidade consiste em uma das principais garantias do Estado de Direito e da democracia. Através dele torna-se viável evitar que leis e atos normativos contrariem a Constituição, preservando assim os direitos e garantias fundamentais. Trata-se de uma garantia de existência da própria Constituição, de modo a manter a sua supremacia e higidez.

O presente trabalho pretende discorrer sobre as recentes inovações no controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro, as quais representam um afastamento do controle de constitucionalidade clássico. Esses fenômenos de abstrativização e concretização estão inseridos nessas transformações, estando evidenciados nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

A aproximação entre os modelos de controle difuso e abstrato é nítida. Isso porque se vislumbra a utilização no controle concreto difuso de mecanismos presentes no controle concentrado abstrato, assim como o seu inverso.

Dessa forma, primeiramente, será apresentado um panorama geral do controle de constitucionalidade, o seu contexto histórico e aspectos principais para melhor compreensão dos fenômenos da abstrativização e da concretização.

Uma vez compreendido esse contexto, passaremos por questões relativas ao controle de constitucionalidade exercido no Brasil, o qual adota um modelo misto de controle.

Em seguida, será feita uma abordagem mais específica no que diz respeito a essa tendência em aproximar os dois modelos de controle (difuso e abstrato). Será avaliada a abstrativização no controle difuso e a possibilidade de atribuir efeito *erga omnes* para as decisões do STF em casos concretos, com direitos subjetivos envolvidos, independentemente de manifestação do Senado Federal. E, por fim, será apreciada a dinâmica inversa da concretização do controle abstrato ao permitir a dilação probatória e a participação de terceiros específicos.

Assim, será possível desenhar um panorama de como a questão é aplicada no Brasil, os avanços e os retrocessos dessa sincretização do controle de constitucionalidade, gerando consequências que podem modificar o sistema normativo brasileiro.

## **2. CONTEXTUALIZAÇÃO:**

Conforme já visto, em razão de sua supremacia, nenhuma lei ou ato normativo em desconformidade com a Constituição poderá subsistir validamente. Para tanto, o controle de constitucionalidade se apresenta como um eficaz mecanismo de garantia da ordem e da coerência do sistema normativo.

No entanto, a forma como esse controle é exercido vai variar de acordo com o país e com o sistema jurídico adotado. A respeito disso, existem dois métodos de controle de constitucionalidade, um norte-americano e outro, austríaco.

O modelo de controle conhecido como sistema norte-americano teve suas bases teóricas fixadas a partir da decisão do juiz John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. A decisão estabeleceu a regra de que os atos do poder executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto a sua constitucionalidade quanto a sua legalidade, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição e da competência do Judiciário como o seu intérprete final.

Assim, esse caso inaugurou o sistema do controle difuso, no qual todos os órgãos do judiciário – juízes e tribunais – partindo de um caso concreto, podem analisar a compatibilidade de uma norma impugnada frente à Constituição, no decorrer do processo. A questão constitucional é verificada de forma incidental, não se tratando de objeto da ação principal. A finalidade precípua não é assegurar a supremacia da Constituição, mas sim o direito subjetivo violado, sendo certo que a declaração de

inconstitucionalidade de uma norma influenciará na decisão da lide. Pode-se concluir que, neste caso, a discussão da constitucionalidade da norma é prejudicial à análise do mérito pelo órgão julgador.

Via de regra, o controle difuso é concreto, uma vez que ao ser analisado pelos órgãos do Judiciário, a demanda para a análise da constitucionalidade decorre de uma relação jurídica concreta.

Por sua vez, o modelo austríaco, sob influência de Hans Kelsen, inaugurou o controle concentrado na Constituição austríaca de 1920, no qual o controle de constitucionalidade se concentra em apenas um órgão do Poder Judiciário. Aqui, a via de ação é direta e abstrata, consistindo o objeto da ação na própria declaração de inconstitucionalidade da norma que será analisada em tese. A pretensão é deduzida em juízo por meio de um processo constitucional objetivo, sem a presença de partes, apenas de legitimados.

Por não ter um caso concreto envolvido, o controle concentrado, em regra, também será abstrato, na medida em que a lei impugnada é analisada em tese e não há direito subjetivo das partes.

No Brasil, o controle de constitucionalidade passou por diversas transformações ao longo dos anos. Inicialmente, o país adotou o modelo difuso, o qual foi consagrado pela primeira vez na Constituição Republicana de 1891, sob influência do sistema norte-americano. Assim, foi conferido a qualquer órgão do Poder Judiciário a competência para declarar uma norma inconstitucional no caso concreto. O controle difuso foi mantido em todas as Constituições subsequentes.

Contudo, esse modelo difuso foi responsável por gerar certa insegurança jurídica, impondo-se a necessidade de uniformização de decisões. Em resposta a isso, o controle abstrato de constitucionalidade foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional de nº 65/1965, a qual criou a Representação de Inconstitucionalidade, hoje conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo único legitimado ativo para a propositura da ação era o Procurador Geral da República.

A partir de então, o Brasil passou a adotar um modelo misto de controle de constitucionalidade. Porém, o controle difuso possuía prevalência em detrimento do controle abstrato, tendo em vista a concentração do legitimado ativo na figura do

Procurador Geral da República, o qual era escolhido por livre nomeação pelo Presidente da República.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o modelo permaneceu sendo misto, porém com a preponderância do modelo de controle abstrato, já que o artigo 103 da Carta Magna estabeleceu um rol de legitimados ativos, pulverizando a participação nessas ações objetivas. Essas ações deixaram de servir apenas de instrumento de governo, vindo a apresentar-se também como um instrumento de oposição.

No mais, a ênfase no controle concentrado abstrato se torna clara, na medida em que a Constituição de 1988 inova ao prever quatro ações para esse controle (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Posteriormente, tem-se como novidade no controle de constitucionalidade a promulgação das Leis de nº 9.868/99 e 9.882/99, que tratam do processo e julgamento de ações do controle abstrato.

Forçoso concluir que o Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade denominado misto, em que são implementados elementos de ambos os sistemas, o norte-americano e o austríaco. Isso significa dizer que qualquer juiz ou tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto, desde que a decisão tenha efeitos apenas para as partes envolvidas. Por meio do recurso extraordinário, quando cabível, a questão levantada em sede de controle concreto e difuso poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal, que realizará o controle de forma incidental.

Além do mais, o controle abstrato será exercido, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

É importante enxergar o sistema misto de forma vantajosa, já que ele permite que o controle seja exercido de forma ampla e efetiva através da revisão judicial difusa e, ao mesmo tempo, garante a uniformidade e segurança jurídica devido à revisão judicial concentrada, já que a inconstitucionalidade será declarada em um único processo e será vinculante e oponível contra todos.

Esse modelo de controle, também chamado de híbrido ou eclético ou misto, mantém a identidade própria de cada um dos sistemas – difuso e abstrato – cada um com as suas características, sendo nítida a sua diferenciação.

Atualmente, existe uma tendência em aproximar esses sistemas de controle cada vez mais, de modo a construir uma interface. Essa convergência ocorre sobretudo pela possibilidade de que as decisões proferidas em um modelo tenham efeitos sobre o outro. Isso vem sendo evidenciado nas recentes decisões proferidas pelo Supremo.

Com efeito, André Ramos Tavares, renomado jurista brasileiro e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), tem se dedicado ao estudo de controle de constitucionalidade no Brasil. Segundo ele, essa convergência dos sistemas de controle tem permitido que o STF atue de forma mais efetiva na defesa da Constituição e na uniformização da jurisprudência.

Em suas palavras, existe no Brasil um modelo dual de constitucionalidade, na medida em que os dois sistemas – concreto e abstrato – convivem entre si e estão interligados. Ou seja, estamos diante de dois sistemas coexistindo, dialogando e trocando elementos, o que implica afirmar que estão se aproximando cada vez mais de modo a reduzir as diferenças entre eles. Essa é a ideia da sincretização do controle de constitucionalidade, que se desdobra em duas situações, trazendo uma nova perspectiva para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil.

É nesse ponto que entram os fenômenos da abstrativização do controle concreto e da concretização do controle abstrato. Isso se refere à possibilidade de que o controle difuso utilize mecanismos típicos do controle concentrado abstrato e vice e versa.

Após breve panorama do controle de constitucionalidade vigente, serão analisados os fenômenos da abstrativização do controle difuso e da concretização do controle abstrato.

### **3. ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO/DIFUSO:**

É certo que o controle de constitucionalidade vem sofrendo grandes mudanças, principalmente, com o advento da Constituição de 1988 que colocou em evidência o controle abstrato. Em certo momento, o controle difuso passou a se aproximar

do controle abstrato, o que é perceptível através de decisões do próprio Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, há que se destacar que a Teoria da Abstrativização busca demonstrar a existência dessa hibridização ou, melhor, sincretização desses dois sistemas de controle de constitucionalidade.

Bom, tradicionalmente, o controle difuso tem como uma de suas características principais os efeitos *interpartes*, limitando-se às partes do processo, em qualquer instância de julgamento. Essa declaração de inconstitucionalidade na via difusa não anula e nem revoga a lei, que continuará vigente e aplicável.

Nos termos do artigo 52, inciso X, da CRFB/88, é possível conferir efeitos *erga omnes* no controle difuso (ou concreto) realizado pelo STF por meio da edição de Resolução pelo Senado Federal.

Neste ponto, a posição tradicional é a de que o Senado não está obrigado a suspender a execução da norma declarada inconstitucional em definitivo pelo STF, pois possui discricionariedade. Todavia, no momento em que editava a Resolução, conferia um efeito geral à decisão, oponível contra todos.

Essa regra contida no artigo 52, inciso X, da CRFB/88 passou por uma releitura pelo STF, de modo a alterar o entendimento de parte da Corte quanto ao papel do Senado a partir de uma perspectiva de mutação constitucional do referido artigo.

Em decisões recentes, o Supremo vem concedendo eficácia *erga omnes*, próprio do controle abstrato, a julgados que seriam, em regra, de efeitos *interpartes*, independentemente da resolução do Senado Federal. Essa nova diretriz adotada pelo Supremo sinaliza um afastamento dos moldes do controle de constitucionalidade clássico, pois atribui efeitos abstratos no controle concreto difuso.

A título de exemplo, impõe-se mencionar a Reclamação de nº 4.335 ajuizada pela Defensoria Pública em face do descumprimento da decisão proferida no HC nº 82.959 pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. A Defensoria Pública teve o pedido de progressão de regime em favor de 10 condenados negado pelo Juiz da Vara de Execuções Penais sob o argumento de que a decisão do STF em sede de *Habeas Corpus* possuía efeitos *interpartes*. Assim, não seria obrigatório seguir o entendimento da Corte.

O Relator da Reclamação, Ministro Gilmar Mendes, concedeu a liminar para afastar a vedação à progressão até o julgamento definitivo. Em seu voto, o Relator fez uma análise do papel do Senado Federal no controle difuso, expondo que sua atuação original era a de expandir os efeitos das decisões do Supremo no controle difuso, por meio da aplicação do artigo 52, inciso X, da CRFB/88. No entanto, esse dispositivo era pouco utilizado, o Senado quase não editava Resoluções nesse sentido, de modo que as decisões do STF acabavam por não receber um efeito geral. Assim, os interessados se viam obrigados a ajuizar ações para atingirem o mesmo resultado anterior da declaração de inconstitucionalidade da norma.

Ademais, o afastamento da regra contida no artigo 97 da CRFB/1988, reserva de plenário, nos casos em que o Supremo já tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, demonstra que o papel do Senado em editar a resolução vai desaparecendo.

Ainda, o eminente julgador ressaltou que em casos de ações coletivas como Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo não seria necessária a intervenção do Senado em caso de uma declaração de inconstitucionalidade incidental, já que pela natureza das ações, os efeitos *erga omnes* eram garantidos.

Para evidenciar ainda mais a superação do artigo 52, inciso X, da CRFB/88, o Ministro ainda apontou a criação da súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional de nº 45/2004 e prevista no artigo 103-A da CRFB/88. De fato, não haveria mais necessidade da participação do Senado no controle difuso em razão do efeito *erga omnes* e vinculante aos órgãos do Judiciário e da Administração Pública direta e indireta quando a súmula vinculante envolver uma situação de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Assim, concluiu em seu voto que a aplicação do artigo 52, inciso X, da CRFB/1988 tornou-se obsoleta, sendo mister fazer uma releitura e nova compreensão do instituto. Para o Relator, trata-se de uma autêntica mutação constitucional, o que equivale a uma reforma constitucional sem mudança de texto.

Consequentemente, devido à mutação constitucional, o papel do Senado nas decisões do STF de controle de constitucionalidade difuso seria dar publicidade e notoriedade a ela e não mais dar eficácia, esvaziando-se o papel desse órgão legislativo.

De forma inovadora, a Reclamação foi julgada procedente pelo Ministro Gilmar Mendes tendo em vista a desobediência da decisão pelo Juiz em razão da eficácia *erga omnes* da decisão do HC nº 82.959, sendo certo que foram proferidos votos contrários ao entendimento do Relator. A Reclamação segue pendente de julgamento.

No mais, o Ministro Teori Zavascki também trouxe a questão da repercussão geral nos Recursos Extraordinários, exigência introduzida também pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, como mais uma demonstração da mutação constitucional em questão. Como condição de admissibilidade, passou a ser necessário comprovar dois aspectos: (i) material, devendo o recurso envolver aspectos relevantes do ponto de vista econômico, político, social e/ou jurídico e (ii) subjetivo, devendo a matéria envolvida ultrapassar o interesse subjetivo da causa.

Assim, foi conferido um caráter geral ao Recurso Extraordinário, pois a questão envolvida deve transcender os interesses subjetivos das partes, de maneira a conferir um efeito *erga omnes* da decisão proferida pelo STF.

A partir dessa discussão, muitos doutrinadores e magistrados questionaram esse novo paradigma, passando a indagar se o sistema jurídico brasileiro possibilita ou não a abstrativização do controle difuso. Fato é que há uma tendência do Supremo Tribunal Federal em adotar efeitos *erga omnes* nas ações de controle difuso de constitucionalidade. Portanto, percebe-se que há uma movimentação direcionada para a abstrativização do controle difuso, que se verifica pela utilização de mecanismos que até então eram tidos como típicos e próprios do controle concentrado e abstrato.

Em sede de julgamento da ADI nº 3.406/RJ e da ADI nº 3.470/RJ (Informativo nº 886), em 2017, cuja Relatora era a Ministra Rosa Weber, ficou decidido que o controle concreto e o controle abstrato devem ter a mesma eficácia em suas decisões, ou seja, vinculante e *erga omnes*. Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, mesmo que no controle difuso, no caso concreto, a declaração, quando implementada pelo pleno do STF, produz efeitos *erga omnes*, sem a necessidade de edição de resolução pelo Senado. Entendeu-se que em razão da força normativa e supremacia da Constituição, é fundamental ter uma aplicação uniforme a todos os seus destinatários. E como o STF é o seu guardião e intérprete máximo, conferir esse efeito seria o mais adequado.

Assim, de acordo com recentes julgados, a abstrativização do controle concreto e difuso ocorre quando a decisão de um caso concreto passa a produzir efeitos

para além das partes envolvidas. Lembrando que mesmo que o STF tenha passado a acolher a teoria da abstrativização em certas situações, esta somente terá aplicação se dois pressupostos forem satisfeitos: (i) decisão do plenário do STF, em respeito ao princípio da reserva de plenário; (ii) deve estar claro no acórdão que o tribunal abstrativizou o caso concreto, ou seja, analisou-o em abstrato (apreciou o caso em tese).

Outra situação que diz respeito à abstrativização do controle concreto, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, é o caso em que o STF vem aplicando o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, mecanismo próprio do controle concentrado abstrato, em casos de controle difuso, permitindo a modulação temporal dos efeitos (efeito *ex nunc* ou prospectivo), sendo o caso paradigma o RE nº 197.917/SP

Por fim, o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 também está sendo utilizado pelo STF dentro do controle difuso, tornando possível a interpretação conforme a Constituição ou declarando a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da norma no caso concreto.

#### **4. CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO/CONCENTRADO:**

Assim como o fenômeno da abstrativização do controle concentrado, vislumbra-se uma tendência nas decisões do STF em abraçar a concretização do controle concentrado abstrato.

É cediço que o controle abstrato é operado pela via direta, através de um processo objetivo. No entanto, permite-se a inclusão de colaboradores que têm interesse sobre o objeto da ação abstrata, de modo a participar ativamente do rito e auxiliar o STF em suas decisões finais. A título de exemplo, têm-se a possibilidade da presença do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas.

No mais, convém mencionar a viabilidade em buscar novas informações no caso em que o Relator da ação abstrata acredite não serem as presentes suficientes, assim como a designação de peritos para analisarem a causa.

Finalmente, apesar de os efeitos da decisão do controle concentrado abstrato serem *ex tunc*, é possível modificar os efeitos da decisão através do mecanismo de modulação temporal dos efeitos, tornando-os *ex nunc* ou *pro futuro*.

Todos esses mecanismos supracitados permitem uma aproximação do controle abstrato com o controle concreto, mesclando elementos entre ambos os modelos de controle de constitucionalidade.

Assim, o exercício do controle concentrado far-se-á com a compreensão das normas constitucionais em correlação à realidade social, adotando-se no controle abstrato características típicas do controle difuso.

Da assertiva de que o processo objetivo não envolve interesses contrapostos, seria natural concluir que não haveria espaço para uma fase instrutória dentro do procedimento. Esse entendimento clássico cedeu ante à possibilidade de dilação probatória, em consonância com o artigo 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99. Em que pese sua objetividade, a lei inova o controle de constitucionalidade concentrado possibilitando uma melhor apreciação da constitucionalidade da norma.

De acordo com esse dispositivo, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informações presentes nos autos, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos ou, ainda, determinar a realização de audiência pública.

Isso pode causar certa estranheza, uma vez que o controle concentrado abstrato demanda um processo objetivo. No entanto, dada a importância de uma decisão pela inconstitucionalidade de uma norma com efeitos *erga omnes*, vinculantes e *ex tunc*, compreensível admitir a obtenção do maior número possível de informações para que a decisão seja adequada, precisa e efetiva.

A solicitação de informações adicionais representa grande avanço, já que permite a complementação de informações quando estas forem insuficientes.

Além disso, a possibilidade de requisitar audiências públicas se apresenta como uma grande inovação no controle concentrado. Este possui como uma de suas características marcantes o rol restrito de legitimados ativos (somente aqueles previstos no artigo 103, CRFB/88). Assim, a ocorrência de audiências públicas permite a participação da sociedade como um todo no controle concentrado abstrato, mesmo não estando incluída no rol, evidenciando uma verdadeira democratização nesse sistema de controle.

A ADI nº 3.510, julgada em 2007, teve como tema a discussão da inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos da Lei da Biossegurança, referente à utilização de células-tronco embrionárias humanas em pesquisas e terapias. O Ministro Carlos Britto, enquanto Relator, optou por requisitar uma audiência pública salientando a relevância e a complexidade da matéria, que trazia questionamentos quanto à tutela do direito à vida. Desse modo assegurou maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimou ainda mais a decisão tomada pela Corte. A temática ultrapassa limites estritamente jurídicos, porquanto demanda abordagem técnica e interdisciplinar da matéria.

O regimento interno do STF traz o procedimento da audiência pública com previsão de convocação podendo ser feita pelo Presidente ou pelo Relator, nos termos dos artigos 13, inciso XVII e 21, inciso XVII.

Outro instrumento que evidencia essa concretização do controle abstrato é a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), definida como uma intervenção assistencial por parte de entidades e órgãos que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão pertinente à controvérsia constitucional.

O artigo 7º, *caput*, da Lei nº 9.868/99 veda expressamente a intervenção de terceiros nos processos objetivos. No entanto, o parágrafo segundo deste mesmo dispositivo permite a participação do *amicus curiae*, representando a única exceção ante à impossibilidade de intervenção de terceiros nessas ações.

Forçoso concluir, portanto, que a participação do *amicus curiae* é permitida no controle concentrado abstrato. Trata-se de um colaborador informal da Corte, cuja função precípua é elaborar parecer com informações e considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida e decidida pelo Supremo. Sua atuação é fundamental, inclusive, para elucidar as consequências em caso de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada.

O *amicus curiae* poderá ser um órgão ou uma entidade que vai atuar em um processo de controle de constitucionalidade, a fim de discutir a validade da lei ou ato normativo questionado. É exigido o preenchimento do binômio relevância-representatividade para que sua participação seja legítima. A sua atuação é possível em qualquer ação de controle. Aqui, ocorre justamente a concretização do controle abstrato.

No julgamento da ADI nº 3.396 em 2020, o STF entendeu que a decisão de inadmissão do *amicus curiae* é recorrível, podendo ser atacada através de agravo interno. Nesta mesma circunstância, entendeu-se que pessoa física não poderá figurar como *amicus curiae* em ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Além disso, ficou definido no julgamento da ADPF nº 347 (Informativo nº 970), também no ano de 2020, que o *amicus curiae* não tem legitimidade para propor ação direta, logo também não possui legitimidade para pleitear medida cautelar.

Em regra, sua manifestação se dá por escrito em forma de memoriais. No entanto, se o relator permitir, haverá a possibilidade de admitir manifestação oral (ADI nº 2.797).

Com efeito, o controle concentrado abstrato analisa a lei em tese e não uma controvérsia concreta e, ao admitir a participação dessa figura, o STF estará dando a oportunidade às entidades e aos órgãos, representativos dos interesses da sociedade como um todo, de se manifestarem concretamente em uma análise abstrata do objeto da ação. A sua atuação deve ser vista com bons olhos, pois enriquece o debate constitucional, permitindo que os julgadores analisem a lei em tese com uma visão mais concreta e pluralista, o que garante maior efetividade e legitimidade às decisões do STF.

Somando essas inovações, apesar de o controle abstrato ser um controle feito em tese entre a Constituição e a lei ou ato normativo, atualmente, prevalecem as chamadas correntes concretistas. De acordo com essas correntes, a interpretação da Constituição somente é possível se aplicável ao caso concreto. Ou seja, é essencial a existência de um problema concreto a ser resolvido para que seja possível interpretar a Constituição. Todavia, deve-se ter atenção ao fato de que o problema concreto não precisa ser um problema real, mas sim hipotético (ou seja, não precisa ter acontecido verdadeiramente, mas pode ser fruto de uma construção hipotética). Seja como for, é fundamental trabalhar com questões fáticas inclusive no momento do controle abstrato.

Na ADPF nº 54, julgada em 2012, a decisão final se deu no sentido de que é inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez em caso de acrania ou anencefalia no feto constitui crime de aborto, consistindo tão somente em antecipação terapêutica do parto. Essa decisão dependeu de uma série de elementos fáticos como, por exemplo, a informação de que a medicina tem competência ou não para detectar com precisão os casos de anencefalia.

A partir desse exemplo acima, nota-se que a apuração de questões fáticas em uma ação abstrata de controle constitucional não só é permitida, como é necessária e indispensável em determinados casos.

Finalmente, outra situação que atesta essa inclinação à concretização está relacionada à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão.

O modelo de controle abstrato de constitucionalidade tem como regra decisões com efeitos vinculantes, *erga omnes* e *ex tunc*. O efeito vinculante traduz-se na ideia de que essas decisões obrigam todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública em todas as suas esferas, bem como do Poder Legislativo quando não estiver atuando na sua função típica legiferante. A expressão *erga omnes* significa que a decisão é oponível contra todos e o termo *ex tunc* revela que esses efeitos da decisão retroagirão, como se a norma impugnada nunca tivesse existido.

A Teoria da Nulidade revela que, uma vez declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a norma será nula e, conseqüentemente, todos seus atos e derivados serão retirados do ordenamento jurídico.

Todavia, é possível que esses efeitos retroativos causem conseqüências drásticas às relações jurídicas já estabelecidas, gerando insegurança e caos jurídico.

Em resposta a isso, a Lei nº 9.868/99 inaugurou em seu artigo 27 a possibilidade de conceder a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no qual o STF terá a oportunidade de analisar minuciosamente os reflexos da decisão de inconstitucionalidade da norma impugnada e, a depender da conclusão, limitar seus efeitos caso a caso. Para tanto, é exigido o atendimento de dois requisitos: (i) atingir o quórum de dois terços dos membros do Supremo e (ii) auferir a existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Esse quórum qualificado estabelecido demonstra o grau de responsabilidade e a repercussão social e política da decisão de modular os efeitos da decisão, que se trata de uma exceção à regra. Em relação ao segundo requisito, deverá se basear no princípio da proporcionalidade através de um severo e concreto juízo de ponderação para fazer prevalecer a segurança jurídica e excepcional interesse social em detrimento da teoria da nulidade da norma. Isso demonstra que a modulação não pode ser utilizada de forma impensada e indiscriminada.

Assim, o Supremo poderá declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

Em suma, a modulação dos efeitos da decisão consiste em uma ferramenta importantíssima nas ações de controle de constitucionalidade, que veio a ser positivada no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, de modo a evitar a insegurança jurídica e o caos jurídicos. Dessa forma, ao alterar os efeitos da decisão, seja *ex nunc* ou *pro futuro*, o Supremo estará exercendo um trabalho de verificar de que forma a sua tomada de decisão impactará nas relações jurídicas pré-estabelecidas e de procurar se adequar às situações fáticas.

## 5. CONCLUSÃO:

Em resumo, o intercâmbio entre os elementos dos sistemas difuso e abstrato, componentes do modelo misto do controle de constitucionalidade acabou por aproximá-las de modo a, na prática, restarem ínfimas as discrepâncias hábeis a distingui-las.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem adotando mecanismos característicos do controle difuso no controle abstrato e vice e versa. É certo que essas transformações no controle de constitucionalidade, afastando-se da ideia clássica, oferece pontos positivos e negativos para o sistema normativo brasileiro em vigor.

Em relação à abstrativização, convém mencionar que a ideia de mutação constitucional e o consequente esvaziamento do papel do Senado Federal deve ser visto com extrema cautela. Isso porque a concessão pelo STF de efeitos *erga omnes* no controle difuso, independentemente da edição de Resolução pelo Senado, tem o condão de abalar o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos mantidos como cláusula pétrea na Constituição Federal (artigo 60, §4º, inciso III, da CRFB/88).

No mais, é preciso ter em mente que esse fenômeno da abstrativização gera impactos muito grandes, já que a decisão advinda de um caso em concreto será oponível contra todos. De modo a conferir um poderio excessivo concentrado nas mãos do Supremo, indicando um *status* de superioridade em relação aos demais Poderes. Afastar essa competência do Senado consistiria na redução de sua participação, situação essa que não encontra amparo constitucional. Haveria uma concentração da tarefa de interpretação constitucional, o que seria contrário às próprias instituições democráticas.

A respeito do tema, o doutrinador e estudioso da área, Pedro Lenza, afirma não se filiar à teoria da abstrativização por entender que o STF possui instrumento legítimo e eficaz para consolidar seu entendimento sobre uma questão constitucional, que é o instituto das súmulas vinculantes. Além disso, destaca a ausência de dispositivos constitucionais que permitam a implementação do efeito abstrato no controle difuso, devendo prevalecer a literalidade da regra contida no artigo 52, inciso X, da CRFB/88.

Além disso, permitir que qualquer um do povo provoque incidentalmente o controle difuso e este gerar efeitos *erga omnes*, estar-se-ia invadindo indiretamente a legitimidade ativa prevista no artigo 103 da CRFB/88.

Ouso dizer que o melhor caminho seja uma reforma constitucional para consolidar o entendimento de que o papel do Senado Federal se tornou obsoleto, sendo ideal que o próprio constituinte derivado disponha expressamente que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em qualquer tipo de controle de constitucionalidade, tem efeitos vinculantes e *erga omnes*, afastando qualquer dúvida quanto a este ponto.

Nesse diapasão, é válido e coerente que possuam os mesmos efeitos, quando julgadas pelo Supremo, já que as ações de controle, em ambos os casos, serão analisadas pelos mesmos Ministros, os quais compõem a Corte que é considerada guardiã da Constituição e intérprete final da mesma.

No mais, a adoção do fenômeno da abstrativização impede o ajuizamento de várias ações no mesmo sentido, conferindo maior uniformidade nas decisões que envolvem questões constitucionais de grande relevância. Até mesmo porque o controle de constitucionalidade via incidental exercido pelo STF se dá pelo Recurso Extraordinário, onde é exigida a comprovação da repercussão geral. Permitir o efeito apenas *inter partes* a uma matéria complexa e relevante contribui para instaurar insegurança jurídica e caos jurídico.

Em suma, admitir a abstrativização do controle concreto e difuso estaria em conformidade com a noção de força normativa da Constituição e supremacia constitucional, permitindo a sua aplicação de maneira uniforme e mais célere.

Devemos aguardar o resultado da Reclamação de nº 4.335, atualmente pendente de julgamento pelo STF, sendo certo que a decisão final representará um marco para o controle de constitucionalidade brasileiro. Contudo, não há dúvidas de que a

legislação brasileira já possui dispositivos que possibilitam a existência dessa teoria, como a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral, os quais irradiam efeitos abstratos oponíveis contra todos, independentemente da manifestação do Senado Federal.

Quanto à concretização do controle abstrato, imperioso reforçar que os mecanismos geradores de efeitos concretos, tais como, a solicitação de informações adicionais, a nomeação de peritos, a requisição de audiências públicas e a figura do *amicus curiae*, são extremamente importantes para a tomada de decisões pelo STF, de modo conferir mais legitimidade social e, conseqüentemente, torná-las mais efetivas e democráticas.

Isso porque a vinda de informações adicionais e a contribuição de especialistas são importantes para trazer diferentes pontos de vistas, já que dotados de conhecimentos técnicos, políticos, sociais e jurídicos.

Por exemplo, a atuação como *amicus curiae* de órgãos e entidades representantes dos interesses gerais da coletividade enriquece o debate e permite uma melhor compreensão da matéria sob uma perspectiva eminentemente pluralística.

As audiências públicas também funcionam como mecanismo garantidor da tomada de uma decisão mais democrática, pois seus participantes expressam valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Tais circunstâncias permitem que os votos dos ministros sejam elaborados com maior profundidade e propriedade sobre o tema e com maior discernimento quanto aos reais impactos gerados pelas decisões.

Ao conceder a possibilidade de estarem presentes nessas ações, não apenas os legitimados do artigo 103 da CRFB/88 participam nos processos de controle concentrado, como também a própria população por meio de órgãos e entidades.

Enfim, a tendência em adotar um modelo de constitucionalidade mais moderno, que permite esse compartilhamento de instrumentos próprios de um sistema de controle com o outro, deve ser enxergado de forma positiva, mas também não está isento de críticas. Não há dúvidas de que essa discussão tem gerado certo desconforto para alguns doutrinadores e julgadores, pois certamente tem o condão de inovar em nosso sistema jurídico vigente. Certamente, novas decisões serão tomadas pelo STF de modo a consolidar um entendimento a respeito do tema.

## 6. **BIBLIOGRAFIA:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>. Acesso em 12/05/23.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: De acordo com o novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16/03/2015. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional – Parte II. In: Revista JC, n. 52, novembro de 2004. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-papel-do-senado-federal-no-controle-de-constitucionalidade-um-caso-classico-de-mutacao-constitucional/>. Acesso em 12/05/2023.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 19ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2021.