

DO “CONCRETO” AO “ABSTRATO”: A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A TREND IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PREDOMINANCE OF THE ABSTRACT CONSTITUTIONAL REVIEW OVER THE CONCRETE CONSTITUTIONAL CONTROL

*Moisés Coelho Castro**
*Daniel Damásio Borges***

RESUMO

Esse artigo analisa a evolução do sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Para isso, ele faz um estudo da disciplina dessa questão nas diferentes constituições brasileiras e da evolução da jurisprudência do STF. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica preliminar que segue os caminhos do método dialético aplicado à pesquisa jurídica. O direito brasileiro combina o sistema de controle de constitucionalidade abstrato e o concreto. Nas últimas décadas, pôde-se identificar uma tendência no direito constitucional brasileiro: a prevalência do sistema abstrato sobre o concreto. Essa tendência é explicada pelas recentes modificações constitucionais e legislativas no Brasil sobre o tema e pelas mudanças na orientação jurisprudencial do STF. Apesar dessa evolução, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade no direito brasileiro é ainda um sistema misto.

* Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Unesp (Franca/SP); docente do curso de direito da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade de Passos/MG; áreas de atuação: Direito Civil, Filosofia Jurídica; Hermenêutica Jurídica e Direito Previdenciário. E-mail: moshecastro@gmail.com.

** Doutor em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), livre-docente em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e professor adjunto da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp – Campus de Franca; Departamento de Direito Público; Programa de pós-graduação em direito da UNESP, linha de pesquisa: políticas sociais e direitos humanos – uma abordagem de direito internacional e de direito comparado. E-mail: dadb@uol.com.br.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Controle concreto e abstrato; Abstrativização do controle incidental; Jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This article analyses the evolution of the Brazilian constitutional review system. In order to make this analysis, we have studied how the different Brazilian constitutions have regulated this theme and the evolution of the decisions of the Brazilian Supreme Court. It is a preliminary bibliographical research that follows the ways of the dialectical method applied to legal research. The Brazilian constitutional review system combines the abstract constitutional control and the concrete constitutional control. In the last decades, we can identify a trend in Brazilian constitutional law: the predominance of the abstract constitutional review over the concrete constitutional control. This trend is explained by the recent modifications of Brazilian laws and of the Brazilian constitution and by the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court. Nevertheless, we can still say that the Brazilian constitutional review system is a mixed one.

Keywords: Constitutional review; Concrete and abstract constitutional review; Evolution of the Brazilian constitutional law; Constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

“...mesmo as pedras, com o tempo, mudam.”
(Cecília Meireles, Valsa, 1938.)

Arraijada nos primórdios do pensamento ocidental, sob a égide da cosmologia dos pré-socráticos, a premissa fundamental de todo fenômeno humano, sem dúvida, é de que as coisas estão sempre mudando, o que representa, indubitavelmente, o pressuposto primordial da visão heraclitiana acerca do devir: tudo flui, nada permanece. Intertextualizando Camões, mudam-se os tempos, o ser, os valores, as vontades, o direito e a lei. Todo o mundo é composto de mudança, tudo se transforma, em movimento, uma verdadeira e contínua transitoriedade.

Uma leitura diacrônica do sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido no universo jurídico brasileiro demonstra o quanto essa premissa da filosofia ocidental percebe sua validade nas coisas do mundo do direito. De fato, as experiências construídas em contexto brasileiro evidenciam que esse instrumento de garantia judicial da Constituição nunca se mostrou como um dado acabado, mas sempre em construção, aberto a novas referências e, em uma visão dworkiniana, inserido em um processo histórico-genético.

Como em diversos ordenamentos, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil foi inspirado nas duas matrizes teóricas: o modelo norte-americano

e o modelo europeu, com suas concepções próprias de Constituição e de justiça constitucional. No entanto, observa-se que o desenvolvimento desse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro não ficou preso a uma das duas matrizes, mas assumiu contornos diferentes em épocas específicas, passando por mudanças ao longo do desenvolvimento constitucional.

Em um contexto jurídico de rigidez e estabilidade constitucional, o controle de constitucionalidade subsiste em razão da adequação e compatibilização das normas infraconstitucionais à Constituição e visa, por meio de seus mecanismos, confirmar a posição de superioridade e valor supremo que esta Constituição ocupa no contexto de um ordenamento jurídico específico que rege. Não obstante, a finalidade precípua deste instrumento de garantia constitucional – que é a preservação da estabilidade constitucional –, não afasta a possibilidade de que o próprio sistema de controle de constitucionalidade seja desenvolvido a partir de modelos diferentes e coexistentes dentro de um mesmo ordenamento jurídico, como é o caso brasileiro, por exemplo.

Na história do constitucionalismo brasileiro, a articulação desses modelos de controle de constitucionalidade se torna um capítulo à parte, principalmente em razão das mudanças ocorridas no desenvolvimento desse instrumento.

Um olhar sobre os modos de articulação entre o controle de constitucionalidade por via incidental e por via direta no desenvolvimento da jurisdição constitucional, uma vez que são estes dois modelos que persistem no Brasil, será suficiente para compreender a principal mudança que vem ocorrendo no sistema de garantia judicial da Constituição de 1988, quando percorridos trinta anos de sua existência.

Tal mudança tem sido destacada por diferentes autores como o fenômeno da abstrativização do controle incidental, que tem se firmado como uma forte tendência dentro do universo jurídico brasileiro, consistindo, *grosso modo*, em uma aproximação desse controle de caráter difuso ou concreto ao controle de caráter concentrado ou abstrato, em um esvaziamento, chegando a uma quase superação do modelo incidental e difuso.

O objetivo deste artigo, portanto, é considerar, mesmo que de forma preliminar, essa tendência de permeabilização do controle difuso de constitucionalidade por mecanismos que o aproximam do controle abstrato, na tentativa de elucidar o desenho da jurisdição constitucional brasileira quanto ao desenvolvimento do seu sistema de garantia judicial da Constituição. Ao buscar esse objetivo, será possível compreender uma das interfaces do *modus operandi* de distribuição desse enorme poder de controle de constitucionalidade aos juízes no Brasil, além de reconhecer os principais problemas e desafios do sistema de garantia da Constituição para o século XXI em contexto brasileiro.

Para alcançar esse objetivo, este artigo faz uma análise do tema à luz de uma pesquisa bibliográfica preliminar nos trilhos do método dialético aplicado à pesquisa

jurídica, que torna possível uma compreensão da realidade, evidenciando suas contradições e transformações no decorrer da história constitucional brasileira. Tal análise, em um movimento dialético, deve considerar as mudanças, contradições, alternâncias, indicando a mutabilidade do próprio conhecimento, da verdade.

A partir da análise das contradições e transformações no contexto do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, torna-se possível perceber que o desenho constitucional brasileiro combina o controle de constitucionalidade abstrato e o controle de constitucionalidade concreto, no entanto, percebe-se uma forte tensão entre os dois modelos. Como desdobramento dessa análise, verifica-se não apenas o predomínio do primeiro modelo sobre o segundo, como também a tendência de abstrativização do controle incidental.

Na primeira parte do artigo, será apresentada uma síntese do desenvolvimento e evolução do sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil, bem como as mudanças e alternâncias ocorridas na história desse sistema, analisando o tema à luz das Constituições brasileiras e das mudanças legislativas, bem como da atuação do Supremo Tribunal Federal. Começando pela Constituição Imperial de 1824, passando pela chamada “Constituição Provisória de 1890” (Decreto 510, de 22 de junho de 1890), pela Constituição de 1891, pela Lei n. 221/1894 (organização da Justiça Federal), pela reforma constitucional de 1926, pela Constituição Republicana de 1934 e pelas constituições de 1937, 1946, 1967, até à Nova Ordem Constitucional de 1988, ainda vigente.

Na segunda parte, procurar-se-á demonstrar que, embora o sistema de controle de constitucionalidade historicamente desenvolvido no Brasil tenha contemplado os dois modelos, difuso e concentrado, é possível perceber a tendência de abstrativização do controle incidental, principalmente com a preeminência do modelo concentrado sobre o difuso a partir da Nova Ordem Constitucional de 1988, especialmente com as mudanças perpetradas na Constituição e pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, procurar-se-á evidenciar os desdobramentos, problemas e desafios decorrentes dessa tendência de abstrativização do controle incidental de constitucionalidade no Brasil, com fim de aguçar o debate em torno desta problemática, reconhecendo que, no contexto histórico brasileiro, o desenho constitucional sempre foi marcado pela concorrência dos dois modelos, o difuso e o concentrado, mesmo que essa coexistência tenha sido marcada por uma tensão, em que a tendência de abstrativização parece se afirmar vencedora.

O DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: SÍNTESE

O controle de constitucionalidade das leis no Brasil, assim como outros institutos jurídicos e o próprio direito em sua totalidade, está inserido em um

processo “histórico-genético”,¹ em constantes mudanças, alternâncias e evolução. Como compreende Marilena Chauí, “[...] o mundo está em mudança contínua, sem por isso perder sua forma, sua ordem e sua estabilidade”.²

Mauro Cappelletti, referindo-se à força e transcendência da “Lei Fundamental”, parece quedar-se diante dessa premissa ao estabelecer as bases de seu estudo comparado sobre o controle de constitucionalidade, afirmando que “[...] também os ‘valores’ mudam, então também ‘a Lei’ muda e deve ser, pouco a pouco, trabalhosamente, responsabilmente, procurada, recriada pelo homem; que, portanto, única lei absoluta é, no caso, aquela da contínua e eterna mudança”.³

Como em diversos ordenamentos, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil foi inspirado nas duas matrizes teóricas: o modelo “norte-americano”⁴ e o modelo “europeu”,⁵ com suas concepções próprias de Constituição e de justiça constitucional,⁶ persistindo a ideia de que “[...] o sistema de controlar a constitucionalidade está relacionado com a forma de se compreender a Constituição”.⁷ No entanto, observa-se que o desenvolvimento desse instrumento

¹ Seguindo a visão dworkiniana, compreende-se o direito como uma espécie de construção literária progressiva, uma narrativa que considera etapas já escritas da história e da prática jurídico-social e não um novo tópico. Nesse sentido, institutos jurídicos, leis e o próprio direito estão sempre em evolução, desenvolvimento, em caráter progressivo. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 236.

² CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 41.

³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 11-12. Como se compreende o “dever” em Heráclito de Éfeso: HERÁCLITO. *Heráclito*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

⁴ Inspirado no célebre julgamento “Marbury vs. Madison”, de 1803, em que o Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall, defendeu a supremacia da Constituição sobre a legislação ordinária, postulando que qualquer lei infraconstitucional contrária à Constituição deveria ser considerada nula e sem efeito. Esse julgamento é considerado o marco do controle constitucionalidade das leis por via de exceção, em que cabe ao Judiciário a fiscalização da Constituição, afastando qualquer possibilidade de interpretação em desarmonia com a Lei Maior de um Estado. Para uma descrição detalhada do caso, cf.: WILSON, Woodrow. *Governo Constitucional dos Estados Unidos*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963; SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

⁵ Considerada um marco do controle concentrado de constitucionalidade das leis, a Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137 a 148, estabeleceu a centralização da revisão judicial da legislação por uma corte especial, a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Esse modelo europeu, defendido por Hans Kelsen, é considerado concentrado, *grasso modo*, porque destina a um único órgão o poder de fiscalizar a Constituição diante da interpretação e aplicação das leis ordinárias. Para uma abordagem mais detalhada, cf.: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 301-319.

⁶ Para um desenvolvimento mais detalhado sobre o assunto, cf.: MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010. Disponível em: <ojs.unifor.br/index.php/rpen/artic/view/2131/1729>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁷ DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira*. Tese (Doutorado) – Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São

no ordenamento jurídico brasileiro não ficou preso a uma das duas matrizes, mas assumiu contornos diferentes em épocas específicas, passando por mudanças ao longo do desenvolvimento constitucional.

A referência sistemática para uma atual análise do tema controle de constitucionalidade das leis no Brasil é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que constitui a ordem constitucional vigente há 30 anos. No entanto, a história constitucional brasileira abrange sucessivas e distintas constituições que devem ser consideradas pressupostos históricos para a compreensão do desenvolvimento do sistema de garantia judicial da Constituição.

A esse respeito, José Duarte Neto coleciona pensamento recepcionado verbalmente de um estudioso do direito constitucional que consubstancia a importância conceitual das constituições anteriores: “Nesse sentido, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho há uma simetria de decisões políticas fundamentais nas diversas Constituições republicanas brasileiras, que se restringiram a expressar opções constituintes assemelhadas”.⁸ Daí a importância conceitual das Cartas passadas.

Na Constituição Imperial de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, não havia controle judicial de constitucionalidade das leis. Fortemente inspirada no modelo francês, essa Constituição contemplou apenas uma certa prevalência do Poder Legislativo, pois foi influenciada pela visão francesa da plenitude da vontade geral da nação e, portanto, distanciou-se do modelo americano, que já vigia à época e influenciava outras constituições do século XIX.⁹

O modelo francês, em suas diversas Cartas, contemplou essa concepção da “supremacia da lei”, expressão da vontade geral, que sempre sobrepujou o princípio

Paulo. São Paulo: USP, 2009a. p. 151. Em artigo do mesmo ano de sua tese, José Duarte Neto explica as duas funções instrumentais do controle de constitucionalidade. Primeira: instrumento para fiscalizar o respeito à supremacia constitucional; segunda: meio de acomodação do texto constitucional a uma realidade cambiante a ser normada. Cf. DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 4, n. 6, jan./jun. 2009b.

⁸ DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira*, cit., p. 170. Sobre esse pensamento, uma observação: Deve-se entender “simetria” não em seu conceito geométrico, mas estético, como compreenderam os gregos, para quem cada parte possui a sua “forma e beleza” peculiar que dá “forma e beleza” ao todo. Assim, cada Constituição, em seu momento específico, constitui-se em elemento de importância para a composição do regime constitucional vigente. Novamente, volta-se para Dworkin e sua visão integrativa do direito como um “romance em cadeia”, construído por partes, cujos sentidos integram o todo de um contexto global. Cf.: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 15. Cf. também neste artigo a nota de rodapé n. 1.

⁹ BEČAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado. *XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDDI*, 2007. Cidadania e efetividade dos direitos. Campos dos Goytacazes: CONPEDDI, 2007, p. 2. Disponível em: <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/becak/pdf/controlre_dif.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

da “supremacia da Constituição”. Por essa razão, o Poder Judiciário francês restou sempre diminuído em relação aos outros poderes, principalmente porque os juízes franceses perceberam atribuições de intérpretes da lei, sem a competência específica para o controle de constitucionalidade.¹⁰

A Constituição Republicana promulgada em 1891, inspirada pela Constituição dos Estados Unidos da América, em razão da forte influência de Ruy Barbosa, introduz o controle difuso de constitucionalidade, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para exercer esse controle, embora, na prática, esse poder tenha sido acuado em sua função em razão da preeminência do Poder Executivo e dos poderes exacerbados centralizados na pessoa do Presidente da República.

O texto original da Constituição de 1891 lançou as bases do controle incidental de constitucionalidade dispondo, em seu art. 59, sobre a competência do Supremo Tribunal Federal:

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.¹¹

E no artigo 60, *a*: “Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.¹²

É bom evidenciar que, antes mesmo de 1891, o Decreto 510, de 22 de junho de 1890, conhecido como “Constituição Provisória de 1890”, no art. 58, § 1º, *b*, estabeleceu essa competência recursal ao Supremo Tribunal Federal para analisar as controvérsias com o texto constitucional ou com as leis federais; e o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, organizou provisoriamente a Justiça Federal, prevendo, no art. 9º, parágrafo único, *a* e *b*, a competência do STF em matéria de constitucionalidade. Esse decreto também estabeleceu, no art. 3º, o seguinte: “Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal

¹⁰ DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira*, cit., p. 159.

¹¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

¹² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891), cit.

só intervirá em espécie e por provocação da parte”, antecipando, como assevera Aline Oliveira, “aquilo que viria a ser defendido por Ruy Barbosa com a Constituição Republicana: o controle por via de exceção”.¹³

Assim, a partir de 1891, contemplou-se o controle difuso de constitucionalidade, porque todos os órgãos jurisdicionais da União ou dos Estados tinham competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Havendo alegação de violação de ato legislativo ou executivo do poder federal, a competência para processar e julgar é dos juízes e tribunais federais; se a alegação de violação fundar em ato legislativo ou executivo no âmbito do poder estadual, a competência é dos juízes dos tribunais estaduais, nesse caso, sempre, com recurso ao Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade introduzido no universo jurídico brasileiro, como esclarece José Duarte Neto,

Foi um controle difuso quanto à competência, porque todos os órgãos jurisdicionais podiam fiscalizar a inconstitucionalidade das leis e normas; incidental no que se refere ao conhecimento da questão constitucional, que se dava como prejudicial ao objeto da lide. A decisão que a conhecia era de natureza declaratória, impositiva da sanção de nulidade, com eficácia entre as partes litigantes.¹⁵

Evidencia-se, ainda, a importância da Lei n. 221/1894, no contexto da Constituição de 1891, responsável pela organização da Justiça Federal, pois estabeleceu no art. 13, § 10, que os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.¹⁶

Embora o poder de garantia da Constituição na chamada República Velha tenha sido distribuído ao Judiciário por meio do controle difuso, esse poder restou enfraquecido diante da força do Poder Executivo. José Duarte Neto menciona um fato interessante, que ressalta essa força do Executivo sobre o Judiciário:

¹³ OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Arquivo eletrônico disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

¹⁴ BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado, cit., p. 3.

¹⁵ DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 20 nov. 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

o presidente Floriano Peixoto teria ameaçado prender os ministros do Supremo Tribunal Federal que invalidassem seus atos.¹⁷

Diante dessa instabilidade política e do frágil sistema de afirmação da Constituição, formou-se um movimento de reforma constitucional já no início do século XIX, que, entre as mudanças perpetradas em 1926, ampliou significativamente a utilização do controle difuso de constitucionalidade ao conferir poder a todos os tribunais, federais ou estaduais, e competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis federais.

Não obstante, a reforma constitucional de 1926 não foi suficiente para a solução de todos os problemas da República Velha. Tudo caminhou para uma ruptura da ordem constitucional com a Revolução de 1930, sob a batuta de Getúlio Vargas, movimento que culminou com a Segunda Constituição Republicana de 1934, que foi extremamente importante para a mudança de ventos no constitucionalismo brasileiro.

Além de trazer novidades para o controle difuso e incidental, com a competência exclusiva do plenário dos tribunais para o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis ou dos atos do poder público, a Constituição de 1934 também introduziu uma possibilidade de controle concentrado, embora tenha mantido o controle difuso como o modelo precípuo no sistema de garantia da Constituição.

Luís Roberto Barroso resume:

Com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais *sensíveis*, constantes do art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade.¹⁸ (Grifo no original.)

¹⁷ DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira* p. 183-184. Em 6 de abril de 1892, 13 generais publicaram um manifesto contra Floriano Peixoto, que, no dia seguinte, expulsou esses oficiais do Clube Militar, reformando-os compulsoriamente. O Supremo Tribunal Federal negou o pedido de *habeas corpus* dos militares, sob a ameaça do então presidente, que teria afirmado que se os juízes invalidassem seus atos julgando favorável o pedido dos generais não haveria mais ninguém para julgar os *habeas corpus* desses juízes, porque seriam todos presos. Cf.: ATLAS HISTÓRICO DO BRASIL. Floriano Peixoto. *Fundação Getúlio Vargas*, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://atlas.fgv.br/verbetes/floriano-peixoto>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Arquivo eletrônico. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/>>. Acesso em: 9 set. 2014.

Por meio desse dispositivo, a referida norma deveria ficar suspensa até a declaração de constitucionalidade pelo STF. Como observou Clèmerson Merlin Clève, trata-se de um controle realizado a “meio caminho” entre o “abstrato” e o “concreto”, ou seja, entre a fiscalização da lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Nesse caso, desenvolve-se uma forma de realizar a fiscalização concreta por meio de ação direta.¹⁹

Além dessa, outras mudanças trazidas pela Constituição de 1934 são relevantes para o tema da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, objeto de estudo deste artigo. É a partir de 1934 que se inicia a influência do controle concentrado de constitucionalidade. Tais mudanças serão analisadas mais detidamente no próximo tópico deste artigo.

A Constituição de 1937, não democrática, outorgada por Getúlio Vargas, inaugurou um período de autoritarismo a partir de um governo praticamente sem Constituição, sendo os atos do presidente a única fonte normativa do direito constitucional.

Nessa Constituição, restou mantido o controle difuso, no entanto, restou proibido aos juízes conhecer questões políticas e restringida a competência para decretar a inconstitucionalidade de atos normativos, admitindo-se, inclusive, que uma lei declarada inconstitucional pudesse voltar ao ordenamento jurídico quando o Presidente entendesse a sua importância para o bem-estar do povo ou para a defesa de um interesse maior e a submetesse à apreciação do Parlamento, que poderia anular a decisão do tribunal por 2/3 de seus membros.

Com a Constituição de 1946, consubstancia-se um período de redemocratização e volta-se ao modelo difuso como delineado na Constituição de 1934, no entanto, com a única possibilidade de ocorrência do modelo concentrado por meio da chamada “representação interventiva”, já contemplada na Constituição de 1934.²⁰

Com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, ainda no contexto da Constituição de 1946, sob a força dos militares no poder, foi introduzido, definitivamente, no sistema de garantia da Constituição no Brasil, o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, quando foi instituída a chamada “ação genérica de inconstitucionalidade” no art. 101, I, k: “Ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar originariamente a representação

¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

²⁰ A representação interventiva foi instrumento inserido no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934 como uma hipótese de controle concentrado. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, cit., p. 344.

contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.²¹

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que podem ser consideradas, juntas, um mesmo *corpuse* sistema constitucional, não apresentaram mudanças significativas, permanecendo a coexistência do controle difuso e do concentrado até o ano de 1988, que inaugura um novo período em que o controle de constitucionalidade passa a ser desenvolvido com mais consistência.

A partir da Constituição Federal de 1988, não obstante as diversas mudanças e inovações que produziram consequências práticas no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro, pode-se dizer que houve certo equilíbrio entre os dois modelos, o difuso e o concentrado.

A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu)²². (Grifos no original.)

No entanto, as mudanças que sucederam à Constituição de 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal desde então têm consubstanciado uma tendência progressiva, ao que tudo indica, inarredável e irreversível no contexto da jurisdição constitucional no Brasil: a aproximação do controle por via incidental e difuso ao controle por via principal e concentrado. É sobre essa questão que o próximo tópico desse artigo irá se ocupar.

A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para alguns estudiosos, o modelo de garantia da Constituição no Brasil deve ser considerado um sistema misto ou complexo²³ porque mantém os dois sistemas ao mesmo tempo, o americano e o europeu, conjugando ou conciliando elementos e instrumentos dos dois, dando a ideia de que ora se utiliza um modelo, ora outro; para outros, trata-se de um sistema plural,²⁴ pois compreende o modelo

²¹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, cit., p. 242.

²³ Cf.: BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado, cit., e DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional*: estudo da organização constitucional brasileira, 2009a.

²⁴ MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural, cit.

de controle de constitucionalidade brasileiro como um modelo distinto dos dois modelos que lhe serviram de matrizes. É plural, porque permite a concorrência dos órgãos responsáveis pelo controle, ou seja, há uma distribuição das funções de controle entre os órgãos do Judiciário, que exercem esse poder de fiscalização da Constituição simultânea e concorrentemente.

Para Antônio Maués,

No período que antecede a promulgação da Constituição de 1988, podemos afirmar que o controle de constitucionalidade no Brasil conhecia dois sistemas paralelos, que incidiam, basicamente, sobre o mesmo tipo de lei, mas não conheciam mecanismos de articulação entre si. Em outras palavras, não havia meios pelos quais uma decisão tomada na via direta pudesse vincular os demais órgãos do poder judiciário, nem era possível que uma decisão tomada no controle difuso pudesse estender seus efeitos para a via direta. Assim, excetuando a possibilidade de edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal, as decisões tomadas pelo STF no exercício do controle difuso de constitucionalidade permaneciam com sua eficácia restrita às partes.²⁵

Percebe-se que havia certo equilíbrio entre os dois modelos, o difuso e o concentrado. No entanto, uma forte tendência, compreendida como fenômeno da abstrativização, passou a influenciar e minar esse equilíbrio entre os dois modelos de controle de constitucionalidade no Brasil. Esse fenômeno não é tão recente como pensam alguns, pois teve início com a Constituição de 1934, especialmente com a chamada “representação interventiva”, que percebeu transcendência com a Emenda Constitucional 16, de 1965.

Rubens Beçak, considerando a evolução do sistema de controle de constitucionalidade difuso, observa que, a partir de 1934, tem início essa tendência de aproximar o modelo difuso, de matriz americana e marshalliana, ao concentrado, de matriz austríaca e kelseniana, quando se estabeleceu a influência do Senado Federal disposta no art. 91, inciso IV, que foi absorvido pelo art. 52, inciso X, no atual texto constitucional.²⁶ Mais do que isso, o autor esclarece que, nos debates no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, a partir de 1987, que levaram à promulgação da Constituição de 1988, foi possível perceber a tentativa de extinguir o modelo difuso e afirmar, definitivamente, o modelo concentrado.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no que concerne ao controle de constitucionalidade, optou por conciliar dois modelos: o difuso e o concentrado,

²⁵ MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural, cit., p. 369.

²⁶ BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado, cit., p. 5.

pois contemplou instrumentos dos dois sistemas distintos, o americano e o europeu. No entanto, observa-se que, embora o controle difuso tenha sido o primeiro a ser adotado no Brasil e restou mantido na Carta vigente, houve certa ampliação da legitimidade ativa do controle concentrado, produzindo certa evolução gradativa para o sistema misto, com prevalência do modelo kelseniano.

Voltando à máxima da filosofia grega de Heráclito de Éfeso, acerca da contínua transitoriedade, em que tudo está em movimento, “tudo flui, nada permanece, tudo se transforma”, observa-se que a redação original da Constituição de 1988 trouxe várias mudanças para o controle de constitucionalidade brasileiro. Além de absorver elementos importantes, como a cláusula de reserva de plenário (art. 97) e da competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X), a nova Constituição ampliou significativamente a competência para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, conforme o art. 103 e incisos, com a legitimidade de nove sujeitos, desde o Presidente da República até as entidades de classe de âmbito nacional.

No mais, o art. 102, inciso III, dispôs sobre o controle incidental de constitucionalidade, conferindo competência ao Supremo Tribunal Federal para conhecer o recurso extraordinário das decisões em única ou última instância dos outros órgãos do Judiciário. Já quanto ao controle abstrato e concentrado, a criação da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inciso I), a ampliação do rol de legitimados para propô-la, representaram mudanças significativas, pois permitiram que minorias representadas por partidos políticos e entidades de classe, por exemplo, pudessem arguir sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, permitindo que muitas controvérsias constitucionais fossem submetidas ao controle concentrado, diminuindo a ocorrência, também significativa, do controle difuso e incidental, que predominava até 1988 no universo da jurisdição constitucional brasileira.

Uma vez que as controvérsias constitucionais, a partir de 1988, passaram a ser levadas com mais frequência e por mais sujeitos, por meio do controle direto, principalmente em ações diretas de inconstitucionalidade, ocorreu, com isso, uma transposição da preeminência do modelo difuso para o modelo concentrado.²⁷

Com a Nova Carta de 1988, evidenciou-se uma forte tendência à abstrativização do controle de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro, percebendo-se, inclusive, a preferência do constituinte pela preeminência do

²⁷ A respeito dessa transposição, que fortalece a tendência de abstrativização do controle incidental, cf.: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a, p. 208-209.

controle abstrato, principalmente pela concentração da competência para o conhecimento da matéria.²⁸

Considerando as diversas emendas a que a Constituição de 1988 foi submetida na evolução do ordenamento jurídico brasileiro e da jurisdição constitucional, é possível notar essa propensão ou tendência em elevar o controle concentrado e direto de constitucionalidade à posição prevalente dentro do sistema de fiscalização da Constituição no Brasil, diminuindo cada vez mais a força do controle difuso e incidental.

A Emenda Constitucional n. 3, promulgada em 16 de março de 1993, introduziu em nosso ordenamento jurídico constitucional a ação declaratória de constitucionalidade no art. 102, inciso I, alínea *a*. O § 2º desse artigo estabelece que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

A técnica do “efeito vinculante”, que acompanha a emenda, provocou uma mudança significativa no controle de constitucionalidade brasileiro. Naturalmente, as leis e atos normativos produzidos em nosso contexto gozam de presunção relativa de constitucionalidade. No entanto, a ação declaratória de constitucionalidade, por meio do efeito vinculante, transforma essa presunção relativa em absoluta em relação ao dispositivo submetido a controle.

Em tese, um dos principais desdobramentos dessa mudança, indubitavelmente, é a ideia de que as leis ou atos normativos já declarados constitucionais por uma ação direta de constitucionalidade não podem mais ser atacados em controle difuso por juízes e tribunais inferiores, ocorrendo, assim, uma clara diminuição da influência desse controle por via incidental, confirmando a tendência de abstrativização, apontada acima.

Outras mudanças importantes na Constituição, que fortaleceram e ampliaram o controle abstrato de constitucionalidade, podem ser destacadas:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, que figurava no parágrafo único do artigo 102, mas disciplinada pela lei 9.882/1990; o controle de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. *Grosso modo*, essas mudanças implicam reparar a omissão legislativa, que é uma das formas de manifestação da inconstitucionalidade.

A possibilidade de modelação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade nas ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e

²⁸ DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

arguição de descumprimento de preceito fundamental pela maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal por razões de segurança jurídica ou de interesse social foi trazida ao ordenamento jurídico pelo art. 27 da Lei 8.868/1999. “Preenchidos os requisitos exigidos, o Supremo Tribunal Federal pode decidir a partir de qual momento a lei ou norma inquinada deixará de produzir efeitos e desconstituir as situações jurídicas nascidas sob sua égide”.²⁹ O que se observa é que essa possibilidade tem sido estendida pelo STF ao controle incidental em algumas de suas decisões, revelando a opção da Suprema Corte em atender a essa tendência de abstrativização.

Não obstante todas essas mudanças, o *start* fundamental para solidificação da tendência de abstrativização do controle incidental foi dado com a Reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que introduziu a súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A), unificou os legitimados para a propositura da ação declaratória de inconstitucionalidade e de constitucionalidade (art. 103), estabeleceu o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nessas ações (art. 102, § 2º), bem como dispôs sobre a obrigatoriedade da demonstração da repercussão geral nas questões constitucionais para que o recurso extraordinário seja conhecido (art. 102, § 3º). Ora, o recurso extraordinário, antes, era tido como instrumento precípua do controle difuso e, com esta mudança, aproximou-se consideravelmente do controle abstrato.

Soma-se a essas mudanças o fato de que há um posicionamento muito forte de que o art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, perdeu a sua força tanto pelo desuso quanto pelo entendimento de que a decisão do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, tem força meramente de dar publicidade, ou seja, a decisão de inconstitucionalidade proferida pela corte maior do Judiciário brasileiro, em controle difuso, não necessita da suspensão do Senado para gerar efeitos *erga omnes*, sendo esta uma posição defendida pelo ministro atuante Gilmar Mendes e o ex-ministro Eros Grau, que, inclusive, chega a propor uma mutação constitucional que altera até mesmo o próprio texto da Constituição.³⁰

²⁹ DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

³⁰ O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes pode ser encontrado em seu artigo sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, cf.: MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004b. Já a proposta de alteração do próprio texto constitucional, encabeçada pelo Ministro Eros Grau, pode ser encontrada no seu voto, na Reclamação 4.335-5, cf.: GRAU, Eros. Voto-Vista na Reclamação 4.335-5 do Acre. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

Além disso, muitas decisões do Supremo Tribunal Federal têm demonstrado que essa corte tem feito opção por empregar aos controles incidental e difuso características ou categorias do modelo direto e abstrato. Como assevera José Duarte Neto, “[...] a evolução do controle de constitucionalidade indica que se caminha, a passos largos, para a adoção de um exclusivo modelo kelseniano de Justiça Constitucional”,³¹ principalmente em razão da preeminência que o controle abstrato vem assumindo em relação ao modelo concreto.

Diversos estudos têm citado como exemplos alguns casos específicos em que a jurisprudência do STF, em decisões prolatadas em controle incidental, tem demonstrado essa tendência.

Em 2004, no julgamento do RE 197.917/SP, por exemplo, que tratou da cláusula de proporcionalidade do art. 29, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que fixa o número de vereadores de cada município, o STF determinou que os efeitos da decisão teriam eficácia *ex tunc*, o que ensejou a edição da Resolução n. 21.702, do Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a eficácia *erga omnes* da decisão.

O Ministro Gilmar Mendes já havia se manifestado, no RE 376.852, de 2003, acerca da necessidade de transformar o recurso extraordinário em instrumento do controle abstrato de constitucionalidade, o que seria uma transposição de sua função de defender o interesse das partes no caso concreto para a função de defesa da Constituição, confirmando claramente o caráter intencional da tendência de abstrativização.

Outro exemplo utilizado é o Habeas Corpus 82.959, também de São Paulo, de 2006, em que o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Nessa decisão, o STF, ao realizar o controle difuso, limitou os efeitos da decisão para o futuro, estabelecendo que os magistrados, a partir daquela decisão, pudessem já considerar o referido dispositivo inconstitucional.

Recentemente, uma das decisões mais importantes no âmbito da proteção do direito à saúde confirma essa tendência de forma clara:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei federal 9.055/1995 que permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país. A inconstitucionalidade do dispositivo já havia sido incidentalmente declarada no julgamento da ADI 3937.³²

³¹ DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila. *Notícias STF*. 29 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

No entanto, na decisão do STF, julgando as ADIs 3406 e 3470, propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria contra a Lei 3.570/2001, do Estado do Rio de Janeiro, os ministros deram efeito vinculante e *erga omnes* à decisão.

Assim, é possível evidenciar, sinteticamente, alguns mecanismos que ajudam a compreender essa abstração que vem ocorrendo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como no próprio plano legislativo, que produziu mudanças significativas, ampliando esse poder abstrato de fiscalizar a Constituição. Entre esses mecanismos, destacam-se os seguintes:

A cláusula da reserva de plenário: o art. 97 da Constituição de 1988 estabelece que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Isso implica que, a princípio, os órgãos fracionários dos tribunais não podem declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, admitindo-se apenas quando já existir pronunciamento do STF acerca da inconstitucionalidade do ato normativo.

Os efeitos transcendentais dos motivos determinantes da decisão: em controle difuso, o STF pode reconhecer o efeito vinculante não apenas da parte dispositiva da decisão, mas também dos fundamentos, deixando de produzir apenas efeitos *inter partes*.

O anacronismo do art. 52, inciso X, da Constituição de 1988: a superação dessa regra e o seu desuso levaram o STF a entender que não é necessária a suspensão do Senado Federal para que uma decisão, em controle difuso, que declare a inconstitucionalidade de uma determinada lei, tenha eficácia geral. Não obstante essa compreensão, há muitas vozes dissonantes, que chegam a afirmar a inconstitucionalidade do entendimento de que houve caso de mutação constitucional, inclusive, revogando esse dispositivo.

Para Nelson Nery Junior, por exemplo, essa tese, além de ser inconstitucional, é perigosa, porque hipertrofia o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, além de apequenar o Poder Legislativo, diminuindo a competência do Senado Federal e sua importância para o controle concreto de constitucionalidade, ofendendo o Estado Democrático de Direito e os princípios do devido processo legal e da separação dos poderes, transformando, na prática, o controle concreto em abstrato.³³

³³ NERY JUNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52, X. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisducao-constitucional-o-senado-federal-e-o-controle->

Além desses, destacam-se ainda:

A repercussão geral no recurso extraordinário: modificação legislativa da Constituição na tentativa de reduzir o número de processos junto ao STF. De acordo com a redação do art. 102, para que um recurso extraordinário seja conhecido pela Corte Suprema, as partes devem demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais.

A súmula vinculante: disposta no art. 103-A da Constituição, essa modificação legislativa permite que o STF confira eficácia *erga omnes* a decisões proferidas em controle incidental de constitucionalidade, reduzindo sensivelmente o papel do Senado Federal, exatamente porque a Corte Suprema, por meio desse dispositivo, passou a ter um instrumento de prevalência de suas decisões.

Diante dessas constatações, fica evidente que a tendência de abstrativização do controle incidental há muito assumiu contornos de prática deliberada pelo Supremo Tribunal Federal, que, paulatinamente, vem aumentando e centralizando o poder de controlar a Constituição, confirmando a ideia de que existe uma prevalência do sistema concentrado sobre o sistema difuso quanto ao controle de constitucionalidade no Brasil.

DESDOBRAMENTOS, PROBLEMAS E DESAFIOS ANTE A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL

A tendência de aproximação do controle difuso ao controle concentrado parece caminhar para um fim lógico e inevitável: a prevalência substancial do modelo criado por Kelsen, como visto anteriormente.

Cada vez mais o controle abstrato absorve e diminui os mecanismos do controle incidental, que, aos poucos, vai assumindo as características do primeiro, tornando-se mais parecido com o modelo europeu em razão das novidades perpetradas pelo desenvolvimento do desenho da jurisdição constitucional brasileira, principalmente a partir de mudanças na Constituição e da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, muitos questionamentos podem ser suscitados a partir dessa problemática. Mesmo que pareça mais lógico, concatenado, eficaz e perfeito que o modelo impulsionado por Marshall, o controle de constitucionalidade abstrato, idealizado pelo modelo de Kelsen, não pode apagar a ideia de um sistema democrático, universal, em que sujeitos distintos, plurais tenham a possibilidade de demonstrar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal ou das mudanças no mundo das normas por meio do controle difuso.

-concreto-de-constitucionalidade-de-leis-e-de-atos-normativos-separacao-de-poderes-poder-legislativo-e-interpretacao-da-cf-52-x>. Acesso em: 19 dez. 2014.

José Duarte Neto levanta a questão se seria recomendável a adoção de um modelo kelseniano e se o Supremo Tribunal Federal suportaria essa mudança, que consiste no abandono ou no exaurimento do controle difuso e incidental, que está nas origens do sistema de fiscalização da Constituição no universo jurídico brasileiro, para que ocorra a afirmação, em definitivo, de um modelo de controle constitucional kelseniano puro.³⁴

Esse autor procura demonstrar a insegurança jurídica decorrente da absorção e manutenção do modelo difuso, originário das tradições de um direito oriundo da família do *common law* em um contexto, como o brasileiro, em que o universo jurídico se construiu a partir dos sistemas jurídicos da família romanística. Muitos são os problemas apontados quando se aplica o modelo americano a um ordenamento jurídico marcadamente romanístico. A partir daí, menciona pelo menos três: a falta de uniformidade das decisões judiciais; o desprezo do juiz comum para a solução de controvérsias constitucionais; a politização do judiciário.

Em que pese a força das tradições envolvidas pelos sistemas de fiscalização da Constituição, não há como negar que a tradição constitucional brasileira sempre permitiu a ocorrência dos dois modelos, o americano e o europeu, concomitantemente, distribuindo, concorrentemente, a todos os órgãos do Judiciário esse poder de fiscalizar a Constituição.

Com a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade e o seu predomínio sobre o difuso, disseminou-se a ideia de que o melhor para a jurisdição constitucional brasileira seria a manutenção exclusiva do controle abstrato e de que somente uma progressão definitiva para o modelo kelseniano puro, em que o Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional, teria a competência exclusiva para conhecer das questões constitucionais e com autoridade para defender e garantir a supremacia da Constituição e a efetividade de suas normas.³⁵

No entanto, não se pode esquecer que no desenho constitucional brasileiro prevalece a competência reconhecida a todos os juízes e tribunais para conhecer, em casos concretos, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do poder público. Para que haja uma transposição definitiva para o modelo kelseniano puro, necessita-se de uma mudança de paradigmas, ou seja, no próprio desenho constitucional brasileiro, por meio de reforma constitucional.³⁶

³⁴ DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

³⁵ DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

³⁶ DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

Na esteira de Antônio Maués, pode-se questionar também se as mudanças perpetradas pela evolução do controle de constitucionalidade brasileiro foram suficientes para eliminar a concorrência dos modelos no âmbito do controle de constitucionalidade em favor de um sistema monopolista, em que prevalece o abstrato, abandonando de vez o sistema plural em favor do sistema unitário. Para esse autor, a resposta a esse questionamento é negativa, uma vez que uma compreensão histórica e conceitual do sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido no Brasil permite que os dois sistemas, difuso e concentrado, possam conviver paralelamente.³⁷

Surge, então, no universo jurídico brasileiro, outra discussão relevante em torno da possibilidade de leis ou atos normativos já declarados constitucionais por uma ação direta de constitucionalidade serem ou não atacados em controle difuso por juízes e tribunais inferiores. Dessa problemática desdobram-se as seguintes questões: O STF tem o poder de decidir sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo atacado por esses juízes e tribunais em casos concretos e afastar, com isso, o controle difuso? O STF é inerrante? Pode ser que, em um primeiro momento, o STF não identifique o problema de constitucionalidade de determinada lei, mas que, posteriormente, a aplicação dessa lei venha a violar a ordem constitucional? Nesse caso, seria possível o exercício do controle difuso dessa lei *a posteriori*?

Essas e outras questões importantes estão no bojo de toda a discussão que envolve a evolução e desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, o que demonstra, naturalmente, que o problema ainda está aberto, à espera de novas referências e novas abordagens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: À GUIA DE CONCLUSÃO

Cecília Meireles está certa: “mesmo as pedras, com o tempo, mudam”. De fato, tudo se transforma, tudo está em movimento, em uma verdadeira e contínua transitoriedade e, porque o mundo está em mudança contínua, isso não quer dizer que, com isso, ele perde a sua forma, sua ordem e sua estabilidade. Assim, como ficou demonstrado na parte inicial deste artigo, o desenho da jurisdição constitucional brasileira vem passando, no decorrer dos anos, por diversas mudanças e transformações, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade.

Um olhar sobre as diferentes constituições brasileiras, considerando a evolução da jurisprudência do STF, foi suficiente para demonstrar que o direito brasileiro combina o sistema de controle de constitucionalidade abstrato e o

³⁷ MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural, cit., p. 371.

concreto, embora tenha sido possível também evidenciar que, nas últimas décadas, uma tendência no direito constitucional brasileiro vem ganhando força: a prevalência do sistema abstrato sobre o concreto.

A partir de uma análise da evolução e transformação do sistema de controle de constitucionalidade, foi possível constatar que o universo jurídico-constitucional brasileiro assimilou ou absorveu elementos das duas matrizes primordiais ou dos dois modelos principais: o americano, impulsionado por Marshall, e o europeu, da pena de Kelsen. Uma das principais questões que envolvem a jurisdição constitucional brasileira é a maneira como esses dois modelos se articularam no desenvolvimento do sistema de fiscalizar a Constituição no universo jurídico pátrio.

Especificamente após a Nova Ordem Constitucional brasileira de 1988, notam-se diversas mudanças legislativas que, combinadas com a atuação do Supremo Tribunal Federal, vêm consubstanciando uma tendência progressiva na jurisdição constitucional da aproximação do controle por via incidental e difuso ao controle por via principal e concentrado.

Ao evidenciar essa tendência de abstrativização do controle incidental e difuso de constitucionalidade a partir da jurisprudência do STF e das transformações legislativas operadas no texto da Constituição Federal de 1988, percebeu-se um dos principais problemas que envolvem a ampla questão da jurisdição constitucional brasileira, pois é uma problemática que demonstra a clara intenção em levar essa jurisdição à afirmação do modelo kelseniano puro, em que a Corte Suprema tenha o papel exclusivo e monopolizado de defesa da Constituição, suplantando qualquer tendência do modelo misto ou plural de controle de constitucionalidade, que se mantém até a ordem constitucional vigente.

Mesmo que haja prevalência ou preponderância do controle abstrato sobre o concreto na atual ordem constitucional, em razão dessa tendência de abstrativização, ainda é possível considerar que a distribuição desse enorme poder de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público continua a contemplar os diversos órgãos do poder Judiciário brasileiro, que exercem esse poder concorrentemente.

Não obstante todas as mudanças ocorridas nas últimas décadas, somente uma mudança de paradigma no desenho constitucional brasileiro e operada intencionalmente por via legislativa de emenda seria capaz de superar ou retirar do sistema brasileiro de controlar a Constituição o modelo difuso e concreto, o primeiro a ser utilizado em terras brasileiras.

Não há dúvidas de que, na evolução e desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, a tendência de abstrativização tem influenciado grandemente a atuação do Supremo Tribunal Federal e imposto sua força sobre o controle incidental, enfraquecendo-o. No entanto, pode-se afirmar que o

controle de constitucionalidade no direito brasileiro ainda é um sistema misto, pois restou possível compreender que o desenho da jurisdição constitucional brasileira, quanto ao controle de constitucionalidade, procura se afirmar a partir da ideia de um sistema misto ou plural, em que um tipo de controle não pode excluir o outro.

REFERÊNCIAS

ATLAS HISTÓRICO DO BRASIL. Floriano Peixoto. *Fundação Getúlio Vargas*, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://atlas.fgv.br/verbetes/floriano-peixoto>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Arquivo eletrônico. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/>>. Acesso em: 9 set. 2014.

BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado. *XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, 2007. Cidadania e efetividade dos direitos. Campos dos Goytacazes: CONPEDI, 2007, p. 2. Disponível em: <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/becak/pdf/control_e_dif.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 20 nov. 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 4, n. 6, jan./jun. 2009a.

DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional*: estudo da organização constitucional brasileira. Tese (Doutorado) – Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009b.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRAU, Eros. Voto-Vista na Reclamação 4.335-5 do Acre. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

HERÁCLITO. *Heráclito*. São Paulo, Abril Cultural, 1973. Série Os Pensadores.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. Fortaleza, 2010. Disponível em: <ojs.unifor.br/index.php/rpen/artic/view/2131/1729>. Acesso em: 23 jan. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004b.

NERY JUNIOR, Nelson. *O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52, X*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisdicao-constitucional-o-senado-federal-e-o-controle-concreto-de-constitucionalidade-de-leis-e-de-atos-normativos-separacao-de-poderes-poder-legislativo-e-interpretacao-da-cf-52-x>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Arquivo eletrônico disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila. *Notícias STF*. 29 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

WILSON, Woodrow. *Governo Constitucional dos Estados Unidos*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

Data de recebimento: 05/02/2018

Data de aprovação: 17/07/2018