



A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE: RISCOS ASSOCIADOS A ESSA TENDÊNCIA

Erik Noleta Kirk Palma Lima

Resumo: A objetivação do controle concreto constitui um mecanismo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência para, supostamente, conferir celeridade e lógica ao sistema. Argumentando-se tratar de uma evolução natural do sistema, o Supremo Tribunal Federal tem se inclinado a, por mutação constitucional, unilateralmente alterar o procedimento do controle de constitucionalidade para admitir eficácia *erga omnes* em controle difuso. A mudança paradigmática propugnada, em que pese ter o condão de fornecer benefícios, é dotada de sérios riscos, que se viram como objeto de estudo na presente análise. Dentre as questões mais tormentosas que o debate pode gerar, os escopos histórico, dogmático e filosófico foram expostos visando demonstrar que os riscos podem se apresentar por variadas vertentes. Neste sentido, o presente trabalho procederá à análise das argumentações expendidas em um e outro sentido.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; controle abstrato; controle concreto; objetivação do controle difuso; democracia.

Abstract: The objectification of abstract judicial review is the mechanism that have been designed by doctrine and jurisprudence to give, supposedly, celerity and logic to the system. Arguing that objetivation is a natural evolution of the system, the Brazilian's Supreme Court intent to, by constitutional mutation, unilaterally change the procedure of judicial review to allow *erga omnes* effectiveness in concrete control. The intended paradigm shift, despite providing benefits, is endowed with serious risks that will be object of study in this paper. Among the hard issues that the debate can generate, historical, dogmatic and philosophical scopes will be exposed in order to demonstrate that the risks may be presented in various aspects. Accordingly, this paper will carry out analysis of arguments presented in both directions.

* Especialização em Direito Público pelas Faculdades Integradas do Planalto Central, Brasil (2011). Especialização em Direito e Contemporaneidade pela Escola da Magistratura do Distrito Federal, Brasil (2012). Mestrando em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília, Brasil (2012/2013). Assessor de Magistrado e Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasil. (kinhokirk@gmail.com)

Keywords: Judicial Review; Abstract control. Concrete control; Objectivation of diffuse control; Democracy.

1 Introdução

No Brasil, atualmente tem-se existe um movimento paulatino, doutrinário e jurisprudencial, que procura alterar os contornos do controle de constitucionalidade. Diante da elevada massificação das ações, aliada à constante necessidade de respostas mais imediatas do Poder Judiciário às pretensões sociais, existe uma corrente intelectual que defende uma espécie de modificação ou flexibilização na sistemática relacionada ao controle de constitucionalidade.

A alteração propugnada visa permitir a chamada abstrativização do controle difuso da constitucionalidade¹, com espeque na possível celeridade, eficiência da prestação jurisdicional e racionalização na guarda da Constituição Federal de 1988 (CF/88) pelo Supremo Tribunal Federal (STF).² Contudo, a intenção aqui é demonstrar que este movimento de alteração paradigmática pode se mostrar um tanto problemático.

Neste sentido, o escopo da pesquisa é apresentar o panorama que atualmente se desenvolve ao redor do debate sobre o hibridismo no controle de constitucionalidade. A primeira parte do estudo consiste na exposição das argumentações empreendidas no sentido de misturar as espécies de controle. A segunda, por sua vez, procura delinear a problemática de um possível cerramento constitucional.

O tópico inicial é dedicado à análise da proposta de abstrativização. Tal abordagem visa esclarecer os parâmetros utilizados em uma engenharia jurídica supostamente capaz de lograr a junção dos dois modelos de controle de constitucionalidade vigente no Brasil. Além disso, também faz parte da observação a forma como está sendo idealizado o modelo, bem como as pontuais incursões que vem operando no sistema.

A segunda parte do trabalho é voltada para uma leitura diversa dos modelos constitucionais de controle da legislação. Nesse ponto a análise recai em demonstrar como o estrangulamento do debate constitucional no Supremo Tribunal Federal pode trazer problemas ao sistema. Para tanto, serão objeto de estudo as consequências que o absolutismo do controle judicial de matriz kelseniana pode trazer em um sistema que adotou o sistema misto de controle. Ademais, o estudo também lança um olhar para os argumentos históricos, filosóficos e

¹ Seguindo tal linha de raciocínio, Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 159) assevera que, “no Brasil, assiste-se a uma mescla de tendências de modelos de controle distintos. O efeito vinculante que antes era previsto apenas para o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, vem se alastrando para se tornar automático também para o controle difuso. O que antes era sentido de maneira implícita vem se tornando expresso nos textos da Constituição e das leis. A denominada ‘eficácia persuasiva’ das decisões do Supremo Tribunal Federal vem revelando sua verdadeira face de ‘efeito vinculante’, na linha de manter hierarquizado o funcionamento do judiciário brasileiro”.

² Em apertada síntese, o que se busca em tal construção é encontrar uma forma de permitir que a Excelsa Corte possa, de maneira mais célere em análise *incidenter tantum*, tornar vinculantes suas decisões em controle de concreto de constitucionalidade para os demais aplicadores da Constituição. O precursor do pensamento no STF foi MENDES (2004).

dogmáticos que advogam a manutenção da prática de controle difuso/concreto em face da exponencial adoção dos supostos do controle concentrado/abstrato.

A objetivação do controle abstrato da constitucionalidade é, sem dúvida, uma inovação polêmica na sistemática brasileira de controle da constitucionalidade. O que se percebe no referido movimento é a intenção de assentar a Excelsa Corte não mais como última interprete da Constituição, mas a única. É nessa ambiência de busca pela transição paradigmática que se objetiva demonstrar a fragilidade de uma postura centralizante da leitura da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal. Não se busca no presente trabalho a correção de um ou outro argumento, mas sim as razões que possam ensejar a prevalência de uma Constituição democraticamente interpretada pelas variadas partículas da sociedade, conforme preconizado na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle.

2 Proposta de sincretismo do controle de constitucionalidade

A tese de objetivação do controle difuso e incidental da constitucionalidade foi inserida na sistemática brasileira com a função de ensejar a evolução dos modelos existentes. O principal propósito do sistema híbrido é desempenhar uma função corretiva no sistema, apta a afastar uma possível insegurança jurídica causada pela diversidade de decisões sobre uma dada questão constitucional (MENDES, 2009, p. 82). Tal corrente³ busca atribuir eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle *incidenter tantum*/concreto pelo STF em processos subjetivos, ou seja, com demanda de partes. Isso implica, entre outras coisas, a desnecessidade de intervenção do Senado Federal para espriar os efeitos da decisão. Desse modo, a resolução senatorial, responsável por suspender a execução de ato normativo declarado inconstitucional no controle difuso, passaria a ser vista apenas como instrumento capaz de conferir publicidade à decisão prolatada pela Suprema Corte.

O Ministro Gilmar Mendes propõe uma mutação constitucional⁴ do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988,⁵ para limitar o ato do Senado à mera formalidade de conceder publicidade à decisão de inconstitucionalidade, que já se revestiria de eficácia geral e vinculante desde a prolação.⁶ Para justificar tal posicionamento, o referido Ministro da Corte Suprema

³ Que tem como um dos ardorosos defensores André Ramos Tavares (2007, p. 272).

⁴ Nas lições de Luis Roberto Barroso, a mutação constitucional “consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”. (BARROSO, 2009, p. 125-126).

⁵ Cf. BRASIL. Constituição Federal de 1988: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]”

⁶ Conforme o seguinte trecho: “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa “força normativa”. Parece evidente ser essa a orientação implícita

questiona que se o STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, pode “suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida em controle incidental, valer tão somente para as partes?” (MENDES; GONET BRANCO, 2011. p. 1159). A toda evidência, é possível identificar no discurso daquele Ministro a adoção da premissa interpretativa dos poderes implícitos originada nos Estados Unidos da América.⁷ Segundo a doutrina dos poderes implícitos (*inherent powers*), os órgãos estatais dispõem de todas as funções necessárias para o exercício da sua missão constitucional enumerada, ainda que implicitamente, desde que não expressamente limitadas.

Existem outros argumentos que advogam em favor do hibridismo levando em conta uma possível maior legitimidade produzida pela decisão. Conforme reverbera tal corrente, admitir efeito vinculante no controle concreto faria mais sentido do que no controle abstrato. Tendo em vista que a via incidental é, em regra, mais morosa, pois perpassa variadas instâncias antes de desembocar no STF, esta seria dotada de maior legitimidade democrática, porquanto discutida em diversos segmentos do Poder Judiciário. Com isso, haveria um amplo debate em torno do caso concreto até chegar à apreciação do STF. Assim, o resultado seria muito mais interessante para a sociedade, sob o ponto de vista prático, do que o referente às causas decididas, em algumas vezes, na singeleza do controle abstrato. O questionamento de compatibilidade constitucional de uma lei, quando em sede de controle concentrado, pode levar a uma situação em que ela nunca venha a ser aplicada, e seja declarada inconstitucional antes de gozar de eficácia social (ANDRADE, 2011, p. 51-93).

Outro destacado defensor da desnecessidade de manifestação do Senado sobre a decisão judicial é Dirley da Cunha Junior, que em uma crítica mais severa pondera que:

Enquanto Corte Constitucional, qual razão de fazer depender da intervenção do Senado os efeitos *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em face do caso concreto? Será que o STF deixa de ser Corte Constitucional só porque a inconstitucionalidade da lei foi declarada à luz de uma controvérsia entre as partes? (CUNHA JÚNIOR, 2008. p. 298)

Aliás, mesmo antes de essa sistemática ser abordada na Constituição de 1988, já havia vozes na doutrina brasileira que viam com desconfiança a necessidade de atuação do Senado. Lucio Bittencourt (1968, p. 145-146), em obra atualizada por José Aguiar Dias, ponderava que a ação do Senado não teria o condão de afetar a eficácia da decisão proferida pelo STF. Já naquela

nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.” (MENDES; GONET BRANCO, 2011. p. 1090).

⁷ Conforme Alexandre de Moraes e Oswaldo Trigueiro (2009, p. 610), teve origem nos casos *MacCulloch v. Maryland* e *Myers v. Estados Unidos* US — 272 — 52, 118, julgados pela Suprema Corte Norte Americana.

época, referido autor defendia que a resolução senatorial serviria apenas para tornar pública a decisão do Tribunal Maior, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.⁸ De qualquer forma, esta posição não retrata a melhor defesa da tese, uma vez que o Senado, ainda que remotamente, pode posicionar-se discricionariamente contrário a conferir eficácia *erga omnes* à decisão judicial do STF, que declara norma inconstitucional de forma incidental.

2.1 Instrumentalização do modelo híbrido

A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade é operacionalizada por intermédio do fenômeno processual conhecido como transcendência dos motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*). Com a utilização desse mecanismo o STF, de maneira incidental, resolve questão constitucional aventada sobre a inconstitucionalidade de ato normativo e extrai uma espécie de norma geral que será utilizada como parâmetro para os demais órgãos. Tal decisão passa, então, a gozar de aplicabilidade *erga omnes* e efeito vinculante, por ocasião da resolução de questão constitucional cujo suporte fático coincida com as circunstâncias fáticas do caso tomado como paradigma.

2.2 Surgimento da práxis no Supremo Tribunal Federal

A tese em análise foi empregada no STF pela primeira vez na Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/Acre, em que o Ministro Gilmar Mendes, como relator, votou no sentido de dar provimento à referida medida e reconhecer a eficácia *erga omnes* da decisão prolatada pelo STF, em controle difuso, no Habeas Corpus nº. 82.959-SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio. A mencionada reclamação alegava o descumprimento da decisão do STF no citado *habeas corpus*, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática dos crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o § 1º, artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)⁹. Na hipótese, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco havia negado a progressão de regime a condenados por crime hediondo sob a fundamentação de que o julgado do STF tratava de controle difuso e que, por isso, não era obrigado a aplicar o entendimento da Corte Maior.

No citado caso, o Ministro entendeu o seguinte:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do significado com a introdução do controle abstrato de normas.¹⁰

⁸ Nas lições do próprio Bittencourt (1968, p. 145-146), “dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução”.

⁹ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 24 mar. 2013.

¹⁰ STF. Reclamação nº 4.335-5/Acre, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 01/02/2007.

O argumento de superação do modelo anterior, evidenciado no pronunciamento supra do Ministro, merece alguma ponderação antes de prosseguir no desenvolvimento do tópico. Com a devida vênia ao pensamento do Ministro, há dois modelos claramente opostos que convivem e funcionam no ordenamento com suas sistemáticas em plena harmonia. Cada qual das espécies possui requisitos, legitimidade, procedimento e efeitos diversos. Não há que se confundir a resolução do Senado em controle concreto com a previsão do controle abstrato, como se uma coisa constituísse superação da outra. Tanto é assim, que o controle abstrato tem um rol um tanto diminuto em relação ao rol das pessoas que podem manejar o controle concreto.

Outro ponto de intersecção entre os dois modelos de controle, ainda no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335-5/Acre, foi a aplicação do instrumento da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, aplicável, *a priori*, apenas ao controle concentrado. Com previsão no art. 27, da Lei 9.868/1999 (Lei do Processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade)¹¹, o STF importou a sistemática do controle abstrato para o concreto, conferindo eficácia não retroativa (*ex nunc*) à sua decisão, que reconheceu inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 82.959-SP. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferidos em controle difuso, em regra, são de ordem retroativa (*ex tunc*).

Em que pese o referido julgado ter aplicado a tese de objetivação em sede de reclamação constitucional, tomando por base um *habeas corpus*, nada impede que seja realizada também no bojo de outros processos, como, por exemplo, em recurso extraordinário ou ação civil. Isso porque o STF pode proceder à apreciação da constitucionalidade de norma em qualquer processo que esteja sob seu crivo, não olvidando que a Excelsa Corte atua em três frentes: além do controle de constitucionalidade pela via direta, também é dotada de competência para processar e julgar causas originariamente (CF, art. 102, I) e em sede recursal (CF, art. 102, II). Assim, o espectro de atuação do hibridismo tem vasto campo de possibilidades para ocorrer.

Na verdade, não obstante a primeira oportunidade efetiva de utilização da abstrativização esteja em debate na Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC, o gérmen de discussão da possibilidade de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, pode ser encontrado no RE 197.917-8/SP. Mencionado recurso extraordinário foi originário de ação civil pública sobre a cláusula de proporcionalidade prevista no art. 29, IV, da CF, para a fixação do número de vereadores em cada município brasileiro. A questão foi decidir a inconstitucionalidade de

¹¹ BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 24 mar. 2013.

uma lei editada pelo município de Mira Estrela, Estado de São Paulo, que previu o número de onze vereadores, em lugar dos nove previstos constitucionalmente.

Como o debate cingia-se sobre matéria eleitoral, não foi necessário ao STF conceder eficácia *erga omnes* para vincular todos os municípios a observarem a decisão de limitação da quantidade de vereadores. O Tribunal Superior Eleitoral, que tem competência para regulamentar qualquer tipo de matéria eleitoral, foi o responsável por veicular e vincular a decisão de inconstitucionalidade a todos os municípios por meio da edição da Resolução nº 21.702/2004, conferindo ao julgamento do RE 197.917/SP eficácia *erga omnes*. Visivelmente, essa foi a saída para não vulnerar, à época, a sistemática já aplicada ao controle difuso, mas apenas auferir uniformidade.

Ao que tudo indica, inicialmente, a intenção do STF é fazer com que os julgamentos submetidos à sua apreciação diminuam. Contudo, tal fato aparenta ser realizável a partir do momento em que ocorra a restrição da possibilidade de as partes recorrerem à Corte, com o conseqüente privilégio e afirmação dos provimentos proferidos nas instâncias inferiores.¹² Na verdade, a tônica que busca ser evitada a partir da adoção do hibridismo tem maiores chances de consistir justamente no maior problema. Isso porque, além de inviabilizar outros debates e visões mais aguçadas sobre o mesmo tema, a qualquer sinal de haver sido malferida uma decisão da Excelsa Corte haveria uma nova demanda.

Diante do presente panorama, respeitável setor doutrinário insiste em reverberar a existência de uma vertiginosa tendência de aproximação entre os dois modelos de controle de constitucionalidade. Há aqueles que arriscam afirmar “que se passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto” (MENDES, 2004/b, p. 152-153). Assim, a decisão sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo em grau de demandas subjetivas goza de efeitos gerais, sem a necessidade de aquiescência do Senado Federal ante essa nova compreensão que vem sendo trabalhada sobre o art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 – a denominada mutação constitucional, como afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes.¹³

No Brasil, o fato de o STF ser o intérprete último da Constituição parece ser o mais importante escudo a viabilizar a tese de objetivação do controle difuso. De fato, como já houve

¹² O afunilamento dos recursos foi iniciado com a necessidade de demonstração do chamado instituto da repercussão geral, criado com Emenda Constitucional nº 45/2004. Conforme dados estatísticos extraídos da página eletrônica do STF, em 2012 os Recursos Extraordinários representam 13,3%, do total de processos distribuídos que é 25.625, o que equivale a 3.405 do total. Por outro lado, no ano de criação do instituto, em 2004, esse número era de 38,4% do total de 69.171, o que equivale a 26.540 processos no ano. Cf. Portal STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em 15 set. 2012.

¹³ Conforme o seguinte trecho da Reclamação nº 4.335-5/Acre: “ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto --- voto dele, Relator --- e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional”.

manifestação da Corte maior em sede concreta, permitir que os demais órgãos do Estado continuem a praticar interpretações contrárias seria, na visão mais reducionista, ilógico e contraproducente.

É claro que tal manifestação precisa ser vista com algum critério. O discurso de melhor aplicação do Direito, teoricamente atento ao caso concreto e diante do senso de adequabilidade, aparenta ser frustrado pelo proposto comando geral, abstrato e universalizante. Diante da mencionada proposição, será mesmo que a demanda por provimentos não aumentaria? As partes não necessitariam passar por outras instâncias para acessar o STF. Em um país com proporções continentais, o suposto benefício justificaria o sacrifício?

3 Riscos à concentração do modelo difuso de controle

Em um movimento oposto à democratização constitucional, o hibridismo dos modelos se apresenta como uma técnica de concentração de poder que evidencia a tensão entre constitucionalismo e democracia. A seriedade da concentração é de tal maneira elevada que não atinge apenas o âmbito do próprio Poder Judiciário, mas também afeta competências do Poder Legislativo. Diante do atual arranjo institucional de primazia da Corte Constitucional, a Constituição aparenta ser tratada como um documento privativo de interpretação restrita a um limitado número de pessoas.

A decisão vinculativa no controle misto – gestada para simplificar o sistema e diminuir a demanda¹⁴ aparenta, muito ao contrário, ter o condão de complexificar ainda mais o tratamento das causas. É verdade que os processos pendentes de julgamento que tratam da matéria serão mais facilmente resolvidos com uma decisão como esta. Entretanto, a partir de agora, as partes poderão acessar diretamente o STF, inclusive, com pretensões abusivas e procrastinatórias relacionadas à decisão extensiva proferida em controle difuso. Sendo assim, a tendência é que aumente a demanda conforme seja utilizado o novo mecanismo de controle.

A decisão de mesclar os controles se apresenta como uma possibilidade de manter todos os magistrados em um *mainstream*. O reflexo deste papel institucional da Corte Constitucional é diminuir sensivelmente a capacidade criativa dos demais magistrados ao realizarem controle de constitucionalidade, transformando esse controle em análise de caso (*case-law*). Cada vez mais ocorre um afunilamento dos intérpretes constitucionais, tendendo a uma visão hegemônica do STF. Diante do modelo que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, é de se supor que a

¹⁴ Aliás, o Min. Gilmar Mendes (2007, p. 297) destaca: “A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n.º 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1ºA)”.

Constituição foi idealizada como um instrumento disponível a todos e não de um segmento institucional. Cada limitação exercida sobre o seu texto, ainda que por meio de interpretação de dispositivo, em última análise, significa um enrijecimento do texto constitucional.

A atual forma de atuação do STF tem o condão de gerar bloqueios a manifestações atuais da soberania popular. Tal bloqueio pode ocorrer em duas vias: a primeira na medida em que o Senado Federal tem tolhida sua competência constitucional de conferir ou não eficácia ampla ao controle difuso exercido no STF; e pelo fato de as partes não terem mais a possibilidade de participar da construção de raciocínios constitucionais ao incutir nos magistrados teses de (in) constitucionalidade na discussão de suas causas. Conforme o raciocínio apresentado, têm-se, a seguir, três aspectos do debate que procuram evidenciar o mencionado risco: o histórico, o dogmático e o filosófico.

3.1 Aspecto histórico

No Brasil o controle de constitucionalidade foi influenciado inicialmente pela experiência norte americana.¹⁵ Sendo assim, as raízes do controle brasileiro remontam à primeira Constituição da República, em 1891, com a adoção do modelo difuso. Desde o surgimento do referido modelo no Brasil, nenhuma das Constituições posteriores deixou de prever sua utilização.

Por outro lado, somente mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, passou a ser adotado o instituto do controle abstrato no Brasil¹⁶. Desta vez recebendo aportes do modelo austríaco, o Brasil passou a aderir ao movimento de concentração da interpretação de constitucionalidade das normas¹⁷. Não obstante, a sistemática adotada desde então foi a possibilidade de controle pelas duas vias.

A busca do STF por enxugar a demanda relativa ao controle de constitucionalidade, bem como se afirmar como intérprete soberano das normas constitucionais, demonstra um protagonismo capaz de desvirtuar uma prática centenariamente sedimentada. Coligar os

¹⁵ A partir da constituída base da supremacia constitucional, formou-se uma jurisprudência capitaneada pelo *leading case* William Marbury v. James Madison, julgado em 1803, pela Suprema Corte Norte Americana (que tinha como presidente John Marshall). Este célebre caso ficou conhecido como um dos - senão o primeiro - marcos principais [sugestão: como um dos primeiros e mais importantes marcos...] do controle da constitucionalidade.

¹⁶ Conforme observa Paulo Bonavides, a semente do controle concentrado nasceu com a representação interventiva prevista na Constituição brasileira de 1934. Todavia, a representação interventiva ocorria no cenário pontual de descumprimento dos princípios sensíveis e não se voltava para o controle de normas. (BONAVIDES, 2010. p. 329). No mesmo sentido, MORAIS (2011. p. 755).

¹⁷ Originada pelo conhecido debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Schmitt, em obra publicada em 1929, sob o título *Das Reichsgerichts als Hüter der Verfassung*, e republicada em uma versão ampliada em 1931, sob o título de *Der Hüter der Verfassung* (traduzido como *O Guardião da Constituição*), defendia que a guarda da Constituição era uma função eminentemente de ordem política, e não jurídica, e por isso, caberia ao Chefe do Executivo exercê-la. Entretanto, ainda no ano de 1931, Kelsen respondeu a tal aspiração publicando a obra intitulada *Quem deve ser o defensor da Constituição?*. Nessa obra ele defende que a justificativa apresentada por Schmitt para tal desiderato, de que a política é responsável pela solução de controvérsias de grande repercussão social, também se apresenta na função jurisdicional. Assim, Kelsen ainda ponderou que o controle de constitucionalidade seria melhor exercido por um órgão jurisdicional voltado para tal função, dotado de profissionais mais preparados, o que garantiria maior imparcialidade, especialmente no que tange a minorias (KELSEN, 2007. p. 239 e ss.).

sistemas de controle da forma como foi proposto não conduz à preservação do modelo difuso como sistema diverso. Há clara sobreposição dos supostos concernentes ao padrão concentrado sobre os supostos relativos ao padrão difuso. De fato, tornando-se uma prática corriqueira na Excelsa Corte, a manifestação de inconstitucionalidade se tornará cada vez mais rarefeita nas instâncias inferiores, inclusive com incentivo a que ocorra uma aplicação automática do pronunciamento da Corte por parte dos demais magistrados.

O argumento identitário histórico milita no sentido de que um sistema tão complexo quanto completo como o brasileiro corre o risco de ter ceifado sua prática mais antiga. O controle de constitucionalidade concreto, em que pese a importação do sistema norte americano, além de ter seus matizes entrincheirados no sistema brasileiro ao longo de mais de cem anos, sofreu adaptações para conviver harmoniosamente com o sistema kelseniano. O professor Menelick de Carvalho Netto bem explica que a tradição do controle abstrato é muito mais antiga e melhor em termos de vivência constitucional em relação ao modelo austríaco (CARVALHO NETTO, 2003, p. 163), inserido na segunda quadra do século XX. Em termos de experiência e experimentação, é inquestionável que o controle abstrato goza de maior substrato fático para a justificação de sua existência.

3.2 Aspecto dogmático

A leitura do disposto nos artigos art. 102, § 2º, e 52, X, todos da Constituição Federal, aliada à doutrina do sistema de freios e contrapesos (ALMEIDA; CIANCI, 2011, p. 61), são a base do risco dogmático que apresenta o protagonismo judicial em interpretar a Constituição. Segundo a crítica que pode ser levada a cabo, tem-se a violação do devido processo legal constitucional do controle de normas, inclusive com ingerência indevida do STF no âmbito de atuação privativa do Senado Federal.

No que tange à violação do devido processo legal, o STF, ao proceder ao sincretismo, não estaria observando a legislação regente. Segundo sobredita tese, o procedimento comumente adotado para o controle concreto, que a dogmática jurídica desenvolveu ao longo do tempo, sofre vulneração ao haver mescla entre as características dos dois modelos, *a contrario sensu* do que versa o art. 102, §2º, da CF/88, que prevê eficácia contra todos e efeitos vinculantes somente nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade. A própria Constituição vigente foi responsável por determinar a convivência entre o controle concreto/difuso e concentrado/abstrato, bem como a previsão da função senatorial. Essa defesa procedimentalista visa estabelecer os contornos e observar o devido processo definido para o processamento adotado para o incidente processual.

Por outro lado, permitir o sincretismo implica a inobservância da previsão constitucional de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional em controle concreto pelo STF. Tal prática esvaziaria a tradição adotada no Brasil a partir da Constituição de 1934 e,

em que pesem as argumentações de anacronismo, preservada pelo constituinte de 1988. Em verdade, a adoção do hibridismo imediatamente implica mutação constitucional para neutralizar o art. 52, X, da CF/88, uma vez que o Senado não teria mais a possibilidade de suspender a execução de lei, porquanto o STF já realizou esta tarefa. Nesse sentido, é preciso questionar a existência de indevida ingerência da mais alta Corte em alterar as atribuições do Poder Legislativo. Inclusive, é o próprio Legislativo quem deveria optar, por emenda constitucional, por mudar a sistemática adotada pelo constituinte originário.

O STF se permitiu, ao realizar uma nova interpretação do dispositivo, amearhar a função do Senado concentrando o poder de atribuir eficácia à sua própria decisão. Tal concentração apresenta um viés de arbítrio que nossa Constituição procura evitar pela adoção de mecanismos de freios e contrapesos. A atuação do Senado para suspender a aplicação da lei declarada inconstitucional pelo STF é uma clássica manifestação de freios e contrapesos que visa justamente uma forma de evitar a indevida concentração do poder em um dos Três Poderes do Estado. Nesse sentido, Sérgio Resende de Barros pondera que:

A intervenção do Senado no controle difuso é um engenhoso meio jurídico-político de atender ao princípio da separação de poderes, entre cujos corolários está o de que só lei pode revogar lei. Esse princípio tem de ser mantido no controle difuso, pois faz parte de sua lógica. A lógica do controle concentrado é outra: admite a corte constitucional como legislador negativo, o que é inaceitável no controle difuso. Cada modo de controle deve manter sua lógica para conviver em harmonia. Se não, o misto se torna confuso. Exatamente para manter a lógica do controle difuso, coerente com a separação de poderes, é que se teoriza que o Senado subtrai exequibilidade à lei, porém não a revoga (...) (BARROS, 2003, p. 233-239).

A teleologia da Constituição deixa clara a seriedade da questão de inconstitucionalidade e, para tanto, requer que os órgãos de cúpula decidam a questão. A tese do Ministro Gilmar Mendes desconsidera que, apesar de ser o STF o órgão responsável pela interpretação última da Carta Magna, deve proceder à manifestação conforme os ditames constitucionais. Ademais, tal objetivação tem o condão de esvaziar os dois sistemas: esvazia o sistema concreto porque não será mais necessária a via da ação direta para que a inconstitucionalidade produza efeito sobre todos e eficácia vinculante; e esvazia o controle concreto porque dá a ele a feição de controle abstrato, destoando de sua sistemática própria, pelo menos no que tange à Corte Maior.

Em crítica ao posicionamento de mutação constitucional, Oscar Vilhena Vieira aduz que "não se trata, assim, de qualquer mudança constitucional, mas sim de uma alteração de dispositivo, a princípio, protegido pelo art. 60, § 4.º, III, da CF/1988" (VIEIRA, 2008). Dessa forma, ainda que de maneira oblíqua, a decisão do STF que busca produzir efeitos *erga omnes* em decisão de inconstitucionalidade, incidentalmente, tem toda a aparência de extrapolar as competências constitucionalmente atribuídas à Corte.

Ao realizar uma digressão temporal sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, é possível encontrar, com o advento da Constituição de 1934, a criação do instituto da suspensão

da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF como condição para que a referida decisão pudesse receber eficácia *erga omnes*. O objetivo era evitar decisões conflitantes no sistema entre os vários órgãos judiciários competentes para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. No Brasil, tradicionalmente vinculado a sistemática da *civil law* de origem romano-germânica, não vigorava o princípio do *stare decisis*, típico do sistema da *common law*, em que pese a adoção do controle de constitucionalidade que vigorava no sistema de precedentes judiciais. A atribuição do Senado Federal de suspender a execução da lei ou ato normativo, considerado inconstitucional, originariamente tinha o fito de equacionar a deficiência gerada pela utilização do controle difuso de constitucionalidade (STRECK, 2002. p. 345-346).

A razão histórica do instituto da suspensão da lei declarada inconstitucional remonta, assim, como o próprio controle de constitucionalidade, ao direito norte-americano. No citado ordenamento jurídico, o juízo de inconstitucionalidade sobre um caso concreto formulado pela Suprema Corte tem efeitos sobre todos. No Brasil, como o sistema jurídico faz parte da tradição romano-germânica, a decisão tem o condão de produzir efeitos tão somente no processo em que é proferida, cabendo ao Senado atribuir eficácia geral à declaração incidental de inconstitucionalidade. Contudo, conforme o posicionamento recente (e comum) da doutrina, a atuação do Senado não tem caráter vinculado, sujeitando-se ao juízo de oportunidade e conveniência sobre a extensão dos efeitos da inconstitucionalidade declarada pelo STF em sede difusa (BARROSO, 2006. p. 110). A julgar por tal caráter discricionário, é crível expor que se trata de nítida aplicação do princípio dos *checks and balances*. Desta feita, é igualmente aceitável que o Senado se recuse a suspender a execução do ato declarado incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como, inclusive, já o fez em oportunidade anterior de acordo com a sistemática da atual Constituição.¹⁸

3.3 Aspecto filosófico sob o enfoque da sociedade aberta de Peter Häberle

Não obstante a capacidade do escorço histórico e dogmático contribuírem para argumentação visando elucidar as críticas ao movimento de amalgamar os sistemas, é imperativo volver os holofotes sobre a dinâmica da interpretação hermenêutica da Constituição. Um aspecto muitas vezes negligenciado na discussão do sincretismo dos sistemas é que o modelo do controle difuso constitui uma herança que marca a compreensão da Constituição como de autoria de todos os cidadãos (CARVALHO NETTO, 2003, p. 163).

A maneira como o controle difuso é utilizado no Brasil reflete com grande propriedade a tese empreendida por Peter Häberle. Segundo aquele doutrinador, em busca de fornecer

¹⁸ No STF, RE 150.764-PE, DJu, 2 abril de 1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence, o Senado Federal foi comunicado da decisão que declarou inconstitucional o art. 9º, da Lei nº 7.689 de 1988, mas em apreciação na Comissão de Constituição e Justiça, optou pela não suspensão da norma, em parecer terminativo de 28 de outubro de 1993 (DCN2, 29 de outubro de 1993, p. 10028).

alternativas legítimas ao modelo alemão de controle de constitucionalidade exclusivamente concentrado, deveria ser formada uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997). Considerando o papel fundante da Carta Magna em uma sociedade, Häberle propõe a adoção de uma hermenêutica constitucional capaz de legitimar como intérprete todo aquele que vive a Constituição.

Neste sentido, a interpretação constitucional realizada por juízes, legisladores e demais atores constitucionais autorizados, ainda que relevante, não deveria ser a única. Ao contrário, os vários setores da sociedade, cidadãos e demais órgãos devem constituir forças produtivas de interpretação ou, ao menos, aptas a gerar pré-interpretações nos atores autorizados.

A partir da referida observação, é possível perceber que o controle concreto tem verdadeira origem democrática, ao possibilitar que qualquer cidadão seja intérprete da Constituição. Se a busca do paradigma do Estado Democrático de Direito é a neutralização do chamado déficit de legitimidade democrática, que recai sobre a jurisdição constitucional, o controle difuso certamente tem muito a contribuir para minorar referido déficit.

Tal fato pode ser retratado na possibilidade de as partes, durante discussão de uma demanda, incutirem nos juízes – intérpretes autorizados do complexo normativo constitucional – suas próprias visões sobre as violações ao texto constitucional. Como preconiza Häberle, “a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. [...] O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 23). A decisão final, ponderados os argumentos apresentados pelas partes, poderá refletir a interpretação inicial delas.

A proposta do hibridismo vulnera, em alguma medida, a abertura tradicionalmente maior de interpretação da Constituição que o controle difuso propõe em detrimento do controle concreto. Caso o questionamento chegue diretamente ao STF por via autônoma – entenda-se, sem passar por outras instâncias, via *habeas corpus* por exemplo – não haverá discussões pretéritas ao controle difuso. Em essência, por mais que o STF julgue inconstitucional uma norma em sede concreta, a discricionariedade de estender tal decisão (ainda) cabe ao Senado Federal. A partir desses pressupostos, ao menos teoricamente, poderia ser proposto que todos os magistrados estariam no mesmo nível de interpretação constitucional que a Corte Constitucional, privilegiando a existência de uma espécie de comunidade aberta “horizontal” de intérpretes da Constituição.

Em que pese o crescente sentimento social de ampla participação nos processos constitucionais, a tentativa de superposição do sistema concentrado sobre o difuso segue o caminho inverso. Não é de bom alvitre *hermetizar* a interpretação da Constituição, atribuindo essa função a um pequeno grupo. A tendência de concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal refreia um movimento de participação da sociedade na formação do Estado. Com isso, o

preceito do Estado Democrático de Direito vê-se duramente vulnerado pelo afunilamento de um importante canal de comunicação dos cidadãos.¹⁹

Na visão de Häberle (1997, p. 34), a abertura deveria ser ainda maior, porquanto “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo.” No citado trecho, ficam registrados a insatisfação e o reconhecimento de que os métodos tradicionais de interpretação jurídica são amplamente insuficientes para dar conta da adequada compreensão do texto constitucional. Imagine-se a situação com a invariável restrição da espécie de controle de constitucionalidade com maior viés democrático.

Contudo, o movimento de (re)interpretação do texto constitucional e a gestação de novas tecnologias hermenêuticas já é debatido há algum tempo. O doutrinador alemão Konrad Hesse já havia encetado estudos sobre o caráter diferenciado que a interpretação constitucional deveria assumir em relação à força normativa da Constituição. Assim, para Hesse:

a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual (HESSE, 1991. p. 22).

A observação de Hesse deixa claro que perdeu muito significado a separação absoluta do Direito. Kelsen foi o grande idealizador, a partir de uma visão essencialmente positivista do direito, de uma cisão entre a realidade e a normatividade. Segundo ele, a ciência do direito não teria a ver com fatos, com a conduta efetiva dos homens (ser, *sein*), mas com o que é prescrito juridicamente (dever-ser, *sollen*) (KELSEN, 1996. p. 90). Na prática, tal separação reduziu os juristas a meros repetidores da ordem legal, sem permitir pretensão de colaborar na sua concepção. Tal raciocínio restringia os critérios de interpretação, que passaram a ser exclusivamente formais ou jurídicos, e os intérpretes seriam apenas aqueles “seres iluminados” dotados de competência jurídica.

Para rebater a supramencionada limitação, Hesse propõe a existência da chamada consciência geral de vontade da Constituição. Em tal consciência se reconhece que a vontade da Constituição é formada por seus idealizadores, mas para isto é imperativo que a leitura das normas que a compõem sejam abertas a novas interpretações. Se para Dworkin a Constituição é uma comunidade de princípios²⁰, para Häberle esta deve ser uma comunidade de intérpretes e em Hesse ela só permanece dotada de força normativa quando se adapta à realidade. Contudo, permitir uma releitura tão drástica dos dispositivos constitucionais, à margem dos

¹⁹ Importante a seguinte passagem do Prof. Menelick de Carvalho Netto (2011, p. 20): “A comunidade aberta dos intérpretes da Constituição (...) é que impede que a Constituição possa ser arbitrariamente considerada como doada a determinado órgão que, a título de se apresentar como seu guardião, não guardaria nada mais que os seus próprios interesses egoísticos e as visões de seus membros.”

²⁰ A comunidade de princípios reflete uma sociedade moralmente plural, de maneira que ela procura uma integridade entre os variados valores morais, respeitando a moral de cada cidadão. (DWORKIN, 2003).

procedimentos democráticos de alteração, aparenta ser uma violação de seu texto por quem deveria ser o Guardião.

Um instrumento como o controle difuso serve justamente para possibilitar que a Constituição seja um direito vivo e verdadeiramente atuante na vida das pessoas. Tal raciocínio, além de privilegiar a importância das pessoas para a Constituição, serve de limite intersubjetivamente compartilhado entre a atuação das autoridades encarregadas e os cidadãos (CARVALHO NETTO, 2011, p. 163). Isto deve servir também de lição para limitar as contínuas mutações constitucionais – baseadas na plasticidade da norma constitucional e sua necessidade de conformação com a realidade social para angariar força normativa – para que não seja um instrumento a (des)serviço de alguns setores sociais.

4 Considerações finais

O tema da objetivação do controle abstrato se mostrou um tanto quanto complexo ao longo do desenvolvimento de seus matizes no presente trabalho. Isso porque as possibilidades demonstram um debate recente que ainda tem muito a ser desenvolvido. Sem dúvida, a discussão traz novamente os holofotes do direito constitucional para o controle de constitucionalidade, se é que um dia eles deixaram de se dirigir a esse instituto. Por um lado tem-se a questão da segurança jurídica aliada ao fato de o STF estar abarrotado de processos, o que decorre, em boa medida, de uma sanha recursal sem fim utilizada pelas partes, devido a um sistema recursal que parece anacrônico em vista dos anseios atuais. Por outro lado, tem-se a questão de que permitir tal miscelânea dos sistemas acarreta a perda de identidade de ambos os modelos, a violação da competência do Senado, riscos de ordem democrática e, ainda, a hegemonia da Suprema Corte na interpretação constitucional.

Ao que tudo indica, caso o STF proceda à objetivação do controle concreto, isso significa adotar, ainda que parcialmente, o sistema nos moldes do *stare decisis* norte-americano. Em apertada síntese, o *stare decisis* pode ser definido como um princípio legal em que, no judiciário norte-americano, os juízes estariam obrigados a respeitar os precedentes estabelecidos pela Suprema Corte e pelos órgãos judiciais a que sua jurisdição estiver vinculada. Ocorre que no Brasil não há, verdadeiramente, uma cultura jurídica de observância das decisões dos tribunais superiores por parte dos demais magistrados. Talvez por isto, recentemente houve a criação de institutos visando à vinculação vertical dos magistrados, como, *e. g.*, súmulas vinculantes. O que vigora, ou deveria, no sistema jurídico brasileiro é, como regra, a independência do pronunciamento de cada magistrado. Assim, cada magistrado pode ser considerado um intérprete autorizado da Constituição, projetando a perspectiva das partes.

A objetivação do controle difuso visa dar uniformidade aos demais níveis de decisão do Poder Judiciário com relação àquilo que é decidido pela Excelsa Corte, mas também atingirá outras instituições que devem observância ao efeito vinculante da decisão. Tal tendência vem

sendo delineada com a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes do Supremo Tribunal Federal, em que os motivos de um julgado são transferidos, como orientação, para aqueles casos semelhantes. Enfim, seja como política de administração judiciária, seja como forma de garantir a supremacia da Suprema Corte sobre os demais órgãos jurisdicionais, a objetivação do controle concreto aparenta representar um remédio gerado para a tendência irremediável que o sistema vem sofrendo: a massificação das soluções.

Em outro diapasão, tal incisão (profunda) na sistemática brasileira de controle da constitucionalidade, a princípio, conduz à crença de que estaria havendo indevida flexibilização de duas questões constitucionais principais: a permissão para que os cidadãos possam ser intérpretes da Constituição; e a sobreposição da competência privativa do Senado para suspender a execução, no todo ou parcialmente, de lei declarada inconstitucional em sede de controle concreto pelo STF.

Tais ilações não são tão simples quanto aparentam. A discussão envolve, como pano de fundo, o intrincado paradoxo entre constitucionalismo e democracia. É imperativo que, ao lado do princípio da supremacia da Constituição, sejam disponibilizados meios para a sociedade participar tanto do processo legislativo positivo quanto negativo, diretamente pelo controle difuso ou pela participação do Senado. A interpretação das normas constitucionais é de interesse direto dos cidadãos, já que em jogo pode estar um conjunto de direitos fundamentais. Assim, aproximar a sociedade da Constituição por instrumentos como, por exemplo, o controle difuso, implica desenvolver também sua força normativa.

Além disso, perderia todo o sentido requerer que o Senado Federal se limitasse à mera publicação da decisão de inconstitucionalidade em controle difuso, porquanto isso implicaria, ao mesmo tempo, reduzir a atribuição do Senado transformando-o em órgão de publicização de decisões do STF, a quem seria conferida a tarefa de determinar os efeitos em controle difuso. Enfim, tais alterações implicam mudanças de ordem sensível na sistemática de controle da constitucionalidade.

O movimento de objetivação, nos moldes em que ela está sendo proposta, aponta para uma busca malfadada por celeridade e segurança jurídica. De fato, a população merece que haja um consenso sobre qual o posicionamento a ser adotado pelo Judiciário. Entretanto, o possível anseio popular por segurança jurídica e busca de orientações sociais para o convívio das pessoas não deve ser utilizado como suposto apto o suficiente para afastar o cidadão da leitura constitucional. Ademais, em que pese a objetivação oferecer uma solução a um problema, não é possível aceitar que esse modelo se perpetue como uma forma de violar predicados democráticos. Nessa linha de raciocínio, sendo o ordenamento jurídico um sistema, como tal ele deve pressupor uma ordem e unidade (CANARIS, 1996. p. 12), tendo suas partes que conviver em harmonia.

A utilização do controle de constitucionalidade deve guardar conformação com as práticas do *checks and balances* e a participação popular. Um modelo criado há mais de cem anos, com larga experiência e experimentação constitucional, não deve ser simplesmente “flexibilizado”, ignorando seus supostos, como a via mais simples de resolver um problema que possui outras origens. O controle difuso de constitucionalidade é um instrumento que auxilia no projeto de uma sociedade democrática, já que abre a interpretação dos dispositivos constitucionais a todas as pessoas, e não só a um grupo reduzido e supostamente seletivo. Isto posto, a objetivação do controle difuso deve ser vista com cuidado, não só pela vasta presença dessa sistemática na história do ordenamento brasileiro ou pelos dispositivos que o protegem, mas pelo que representa para a sociedade: um canal direto constitucional.

Referências

ANDRADE, José Arildo Valadão de. **Objetivação do recurso extraordinário na perspectiva dos direitos fundamentais segundo os padrões de uma fundamentação substancialista de justiça constitucional**. Revista de Processo. São Paulo, v. 36, ago. 2011.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna. **Direito processual do controle da constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. **Constituição, artigo 52, X: reversibilidade?** Revista de Informação Legislativa. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 40, n. 158, abr./jun. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição**. Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte, nº1, p. 11-20, março 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1996.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **O princípio do ‘stare decisis’ e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito fundamentais e controle da constitucionalidade.** 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, v. 41, nº 162, abril/ junho 2004.

_____. **Reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal.** In: TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; TRIGUEIRO Oswaldo. **Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** *Revista de direito GV,* São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 set. 2012.

Artigo recebido em: 16/02/2013

Artigo aceito para publicação em: 25/03/2013