

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

Autore: Wendel de Brito Lemos Teixeira

In: Diritto civile e commerciale

Resumo: O presente trabalho tem o intento de perquirir acerca das novas tendências de controle de constitucionalidade, em específico, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Antes, porém, do tratamento do assunto que é o cerne deste trabalho, torna-se indispensável a análise sob a óptica lyotardiana, no que atine às alterações ligadas à possibilidade de reflexão crítica sobre a imprevisibilidade do real, para que se possa ter exata ciência do verdadeiro pilar do pensar pós-positivista. Por consequência, trabalha-se também com a ideia de normatividade dos princípios, por ser esta, lastro essencial do direito constitucional moderno. Dispensa-se atenção imprescindível aos veículos desencadeadores destas mutações, quais sejam, a forte influência pós-positivista, abastada pela inserção dos anseios sociais à produção normativa, e a supremacia teratológica dos princípios da economia processual, da efetividade do processo, da celeridade processual (Artigo 5º, LXXVIII - Reforma do Judiciário) e da força normativa de nosso Códex Imperioso. .

Palavras-chave: Pós-Positivismo. Controle de Constitucionalidade. Abstrativização.

Abstract: This work is meant to investigate about the new trends of judicial review, in particular, the diffuse abstrativizacao control of constitutionality. First, however, treatment of the subject which is the core of this work, it is essential to the analysis from the perspective Lyotard, in atine changes linked to the possibility of critical reflection on the unpredictability of real, so you can have exact science the true pillar of post-positivist thinking. Consequently, it works well with the idea of normative principles, as this is, essentially backing of modern constitutional law. Waiver is essential attention to vehicles triggers these mutations, namely, the strong influence of post-positivist, wealthy by the insertion of social concerns to the production rules, and the supremacy of teratological principles of procedural economy, the effectiveness of the process, the speedy trial (Article 5, LXXVIII - Judicial Reform) and the normative force

of our Imperious Codex.

Keywords: Post-positivism. Judicial Review. Abstrativização.

1. Introdução

Planeta Terra. Século XXI. Vivemos um momento movediço dentro do sistema jurídico. Movediço porque as correntes clássicas antes totalmente arraigadas a todas as formas processuais e legislativas estão sendo atropeladas pela teratologia das inserções pós-positivistas hodiernas. Além disso, a instabilidade se forma não só pelo ímpeto dessas mutações, mas também pela obscuridade e a imprevisibilidade intrínsecas a qualquer tempo de transformação. O intento deste trabalho é demonstrar de forma clara e objetiva a imprevisibilidade do real sob a óptica de um filósofo francês, Jean-François Lyotard , um dos mais importantes pensadores na discussão sobre a pós-modernidade.

Doravante, discutiremos o conceito de princípios, bem como a sua força normativa dentro do ordenamento imperativo. Como assunto central do trabalho, proponho-me a desmistificar os embates suscitados pela tona da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

2. A imprevisibilidade do real sob a óptica lyotardiana

O saber pós-moderno não é somente o instrumento dos poderes. Ele aguça nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável. Ele mesmo não encontra sua razão

de ser na homologia dos experts, mas na paralogia dos inventores (LYOTARD, 1993, p. 17).

A suposição de Lyotard acerca da imprevisibilidade do real circunda a questão da contrariedade ao consenso conservador dos especialistas, no que atine a instrumentalidade do exercício da condição pós-moderna ao exercício do poder. A hipótese de discussão do filósofo “é de que o saber muda de estatuto ao mesmo tempo em que as sociedades entram na idade dita pós-industrial e as culturas na idade dita pós-moderna” (LYOTARD, 1993, p. 3).

Destarte, temos a incidência abrupta das formas tecnológicas na progressão do saber, quando se refere à transformação do saber como mera mercadoria. A monstruosidade da força de mercado abraça o saber e mutaciona o real sentido do objeto.

Com pertinência aponta Cristiane Marinho:

O saber terá como objetivo da sua produção, o mercado e a troca, tornando secundário o seu valor de uso. Nos últimos decênios, o saber se transformou na principal força de produção e elemento econômico decisivo das populações produtivas nos países desenvolvidos e sua ausência um ponto de estrangulamento para os países em desenvolvimento (MARINHO, 2008, p. 4).

Como se não bastasse a abismal diferença entre as forças educacionais de países desenvolvidos e emergentes, a , hoje, relação intrínseca do saber com a tecnologia, mas uma vez vincula o subdesenvolvimento destas nações ao estigma da insuficiência evolutiva. Novamente, observando a linha histórica, percebe-se o lastro de dependência nas relações entre opressores e oprimidos, cria uma tautologia e nunca na história do planeta, haverá total interdependência nas formas de evolução social.

Afirma-se que o estado atual do saber científico é a de subalternação aos países poderosos, e com o

crescimento de novas tecnologias corremos sério risco de transformarmos o saber em um dos principais elementos de querelas futuras.

Expresso este assunto e suscito uma reflexão, tomando para mim as palavras de Lyotard , “quem decide o que é saber, e quem sabe o que convém decidir?” (LYOTARD, 1993, p. 21)

3. Princípios

Uníssona a discordância entre a definição do conceito de princípio. Isso decorre da amplitude de aplicação da palavra em questão, utiliza-se a expressão tanto no Direito, quanto nas demais áreas das ciências humanas, tais como Filosofia e Sociologia. De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira e Marina Baird Ferreira em seu dicionário Princípio é

1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P.ext. Base; germe (FERREIRA e FERREIRA. 1995, p.529).

Penetrando ao alvitre jurídico hodierno, transcrevo a definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico(MELLO, 2000, p.747-748).

Além disso, José Afonso da Silva nos traz uma primorosa definição:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais (SILVA, 2003, p.96).

Ao definir princípio jurídico, Roque Antônio Carrazza nos fornece uma definição lapidar:

Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam (CARRAZA, 2000, p. 33).

Certo é que não há consonância na definição deste instituto jurídico, porém, a melhor definição a meu ver cinge-se às seguintes palavras:

princípios são a representação dos valores sociais mais caros existentes dentro do ordenamento jurídico. Posto isso, os preceitos basilares vivos são normas com alto grau de abstração, ao passo que expressam valores fundamentais à uma dada sociedade e, servem concomitantemente de base a toda teia jurídico-estrutural. Além disso, esses princípios limitam as regras que se relacionam a eles, integrandos por sua vez às lacunas normativas, servindo de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, podem ser concretizados e são aptos a gerarem direitos subjetivos (RIBEIRO, 2010, p. 8).

5. Princípios - argumentos fundamentadores

5.1. Força normativa da constituição

Infere-se da análise doutrinária, que o instituto ora analisado tem diversas interpretações e formas de aplicação. Partimos, neste trabalho, da visão adotada por Konrad Hesse. Necessária e imprescindível partirmos de um pressuposto de que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. Destarte, não há penumbra em desmistificar que a constituição de um país demonstre as relações de poder nele dominantes, quais sejam, o poder militar, o poder social, o poder econômico e, finalmente, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura geral.

Justamente pela força da constituição é que a tendência tratada neste trabalho ganha robustez, em que pese a análise “social” desta por Hesse. Acerca do questionado compilo:

(...) a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - , não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)(HESSE, 1991, p. 19).

Pela monstruosidade das forças incidentais, referentes aos anseios sociais, na mutação jurídica atual, percebemos que aplicabilidade da Constituição Política dá ao ordenamento jurídico moderno inserções diretamente ligadas ao due process of law, efficere e celer.

6. Princípio da supremacia da constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários

Por natureza, a Constituição é tida como o vértice do sistema jurídico, ao passo que todas as ramificações do sistema jurídico devem obedecer tanto materialmente, quando concernente à impossibilidade de contrariedade de atos normativos ao codex imperioso, quanto no aspecto formal, que se limita a fixação por parte do tomo da estrutura, organização, atribuições e o procedimento dos poderes.

Segundo Cristianne Rozicki:

A Constituição consiste a lei superior que rege a vida e existência de um Estado e cuja força valorativa subordina necessariamente toda legislação ordinária, ou melhor, toda legislação infraconstitucional, às suas disposições.

Quer dizer, as normas inferiores terão subsistência e eficácia apenas se não contrariarem as previsões da Lei Maior (entre os atos normativos infraconstitucionais encontram-se as leis, os atos administrativos, as sentenças, os contratos particulares, etc.). Daí que, a supremacia da Constituição pressupõe indubitavelmente a subordinação de todas as leis que lhe são posteriores, e também de todas que lhe são hierarquicamente inferiores (todas as obras legislativas passadas, atuais e futuras), ao teor de seus preceitos (ROZICKI, 1999.).

Temos por lógica e por subsídio de demais princípios, citados alhures, que a obrigatoriedade e a vinculação do texto constitucional à formulação legislativa são extremamente necessárias, pois paradoxo completo seria deixar em segundo plano as garantias previstas pelo Livro Maior.

7. Força opinativa e decisória do STF enquanto guardião da constituição

O Supremo Tribunal Federal (STF) enquanto guardião das Leis Constitucionais, além de cumprir os preceitos dimensionados pela Carta Magna, tem por dever dar interpretação adequada a estes princípios. Certo é que por ser competência taxativa, a guarda do codex imperioso (Art. 102 da CF/1988), o STF deverá agir com a máxima das cautelas, porque, posta a manifestação pela corte superior, ainda que não haja vinculação expressa como nos casos de súmulas vinculantes, será dada ao condão decisório adotado, forma modal em linhas de julgamento de instâncias inferiores. Dar-se-á importância mor aos julgados por serem estes ditames lapidares dentro das linhas ideológicas atuais. Portanto, é de se ver que o STF tem o real poder de “dizer o direito”.

8. Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade nada mais é do que senão a verificação de compatibilidade de leis (Art. 59 da CF/1988) ou atos normativos frente as prescrições impostas pela Carta Magna.

Em paridade, seria nomeado sistema de controle constitucional o conglomerado de institutos descritos pelo codex imperioso, responsáveis à égide de sua supremacia, com fulcro na manutenção da soberania do poder constituinte em face de qualquer outro poder.

Ademais, percebemos que o controle de constitucionalidade é característica intrínseca às constituições rígidas, ao passo que quando tratamos das constituições flexíveis não percebemos a presença deste instituto. Além disso, o controle tem como lastro essencial a seguridade da imperatividade constitucional, pois sem esse, o codex-mor seria mero conjunto de recomendações, cuja eficácia se submeteria unicamente à volição do governante.

No direito pátrio, o controle de constitucionalidade judicial fora estabelecido pela Constituição de 1891,

frise-se que anteriormente de forma anacrônica existiam formas esparsas de controle, porém, não com a roupagem a que ora nos referimos. As constituições subsequentes não legaram modificações de forma significativa, em exceção a Constituição democrática de 1946 e a hodierna em vigor, que lapidaram de maneira messiânica a fiscalização da constitucionalidade das leis.

8.1. Tipos de controle

De forma sincrética passemos a expor as formas de controle de constitucionalidade, que podem ocorrer de forma preventiva e repressiva.

A priori, proporemos as explicações devidas ao controle preventivo. Como intróito, imprescindível que saibamos que por essa forma se verifica a constitucionalidade da lei ainda fora de vigor, com o intento de evitar, já em seu nascedouro, o desenvolvimento de uma lei inconstitucional e, além disso, sua inserção ao ordenamento jurídico.

Desta forma, o controle preventivo ocorre via Poder Executivo por meio do veto jurídico (art. 66, §1º., CF) e pelo Poder Legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça (Artigo 58, CF, art. 32, III do Regimento Interno do Senado Federal).

Neste momento, trataremos do controle repressivo, o qual se verifica a constitucionalidade de lei já em vigor. O controle repressivo de constitucionalidade pode ser político, misto ou jurisdicional.

A título de cognição, no que tange a direitos estrangeiros, temos que na França a espécie adotada para garantir a supremacia da constituição é a do controle repressivo político. Ocorre que o órgão incumbido

de guardar a constituição é diferente dos outros “poderes-funções” de Estado.

Ainda dentro do direito comparado temos que na Suíça, a forma adotada para a garantia da supremacia constitucional é a do controle repressivo misto. Nesta feita, temos que algumas leis são arbitradas pelo controle político, enquanto que outras são submetidas ao controle judiciário.

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, a espécie adotada para assegurar a supremacia da constituição é a do controle repressivo judiciário ou jurisdicional. Aqui o Poder Judiciário aprecia as questões relativas à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis.

Apesar do controle repressivo ser exercido majoritariamente pelo Poder Judiciário, existem casos excepcionais que o poder ora tratado é cumprido pelo Poder Legislativo, como no caso referente ao art. 49, V, da Constituição Federal, em que o Congresso Nacional, pela edição de Decreto Legislativo, tem legitimidade para sustar o decreto presidencial (Art. 84, IV, CF) ou a lei delegada (art. 68, CF), por desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições, e, como no caso referente ao art. 62 da CF, em que na hipótese de inadmissão da medida provisória, com base em sua discrepância com a constituição, o Congresso Nacional exercerá, ou não, o controle repressivo já que retirará do ordenamento a medida anteriormente vigente e com força de lei.

Ainda neste condão, percebemos que no Brasil, o controle repressivo judiciário de constitucionalidade é feito por meio do controle difuso ou por meio do controle concentrado e habita apenas as leis e atos normativos que têm vida posterior à promulgação do livro imperioso de 1988.

8.1.1. Difuso

A nomenclatura concernente ao instituto em questão é dissonante, e para tal forma de controle constitucional, temos no ordenamento jurídico hodierno os seguintes títulos: controle aberto, por via de exceção, de defesa, incidental dentre outros.

A história do instituto ora tratado tem gênese no sistema norte-americano, especificadamente, no caso *Marbury x Madison*¹. Ocorre que o controle tratado é feito por qualquer juízo ou tribunal, nos casos em que são permitidas as análises tangíveis à inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais e municipais de uma forma geral.

Destarte, o cerne da decisão final não é a questão da incompatibilidade com norma superior, mas sim o mérito, isto é, os anseios dos querelantes.

Todavia a decisão sobre a questão da inconstitucionalidade se torna condição inafastável para o julgamento do mérito.

A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção produz efeitos *ex tunc* no caso concreto, ao passo que quando feito através de recurso extraordinário (art. 102, III e 97, CF) com manifestação do Senado (art. 52, X, CF.) este gerará efeitos *ex nunc*.

8.1.2. Concentrado

O controle repressivo constitucional brasileiro por via concentrada, também denominado por via de ação direta, é vergastado por ter como objeto primordial a questão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, editado após a promulgação da constituição vigente de 1988 e,

além disso, necessária a eficácia da norma para sua incidência.

No tocante à legitimidade ativa, temos a enunciação do rol dos proponentes no art. 103 do tomo constitucional.

Ademais, percebe-se que o efeito oriundo da declaração de inconstitucionalidade é *ex tunc*.

Na maioria das vezes o instituto ora tratado é veiculado por ação direta de inconstitucionalidade ou por ação declaratória de constitucionalidade.

O intuito do trabalho não é descrever de forma percuciente os modos veiculadores específicos do modelo concentrado, porém, trataremos de forma superficial as modalidades supramencionadas. A priori, temos que a ação direta de constitucionalidade abarca três hipóteses argumentais, quais sejam o modelo genérico, interventivo e por omissão. No que concerne à modalidade genérica, vislumbramos que sua destinação é direcionada ao controle de lei ou ato normativo federal ou estadual incompatíveis com os dizeres do *codex imperioso*, e seu fito, evidentemente jurídico, é extirpar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo incongruente.

Quanto à modalidade interventiva, percebemos um cenário adverso ao instituto anteriormente mencionado, adverso pela diferença na intenção, ou seja, enquanto que no controle genérico pleiteamos um efeito estritamente jurídico, no instituto em comento temos a finalidade direcionada aos efeitos políticos. Ainda neste jaez, obtempera-se que a previsão legal do dispositivo, está relacionada no artigo 34, VII, da Constituição Federal.

Doravante, percebe-se que tal forma destina-se à verificação de normas incompatíveis aos princípios sensíveis constitucionais. Nesta senda, temos que são elencados como preceitos basilares sensíveis a

forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; prestação de contas da administração pública, seja ela direta ou indireta; autonomia dos entes municipais; e, ao cabo, aplicação do mínimo exigido de receita resultante de impostos estaduais, direcionada à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Por fim, traremos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O veículo de controle constitucional mencionado é inovação trazida pela Constituição de 1988 e, totalmente diferenciada dos institutos já tratados, tem como finalidade impelir o Poder Público a concretizar normas de eficácia limitada ainda não efetivas.

Transgredindo a seara de comento em ultimato proposta, adentramos agora na “prima-irmã” da ação declaratória de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade.

A inserção do veículo legal é constante da Lei 9.868/99 e no Art. 102, I, a, e §2º da Constituição, cuja inserção é oriunda da EC n.3/93.

No que tange à legitimidade ativa dispõe o art. 13 da já referida lei e o art. 103, §4º da CF/88. No tocante à finalidade do dispositivo ora tratado, temos a intenção da conversão da presunção de que as normas são constitucionais *juris tantum* em *juris et de jure*, pela declaração de sua compatibilidade com as normas inseridas no tomo supremo. Ora, é clarividente que só será objeto da ADC a lei ou ato normativo federal que esteja eivado de comprovada controvérsia judicial, que coloque a prova sua presunção de constitucionalidade.

8.2. A abstativização do controle difuso de constitucionalidade

Feitas todas as perquirições acerca dos assuntos que circundam o objeto central deste estudo, fazamos um corte epistêmico no instituto ora tratado, para que possamos dissecá-lo de forma completa e com a maior clareza possível.

Como passo inicial, utilizaremos os posicionamentos doutrinários para definir e demonstrar as evoluções trazidas na transcendência finalística da produção normativa e, de uma forma geral, as metamorfoses, veiculadas pelo influxo do pós-positivismo, na maneira de julgar dos árbitros do direito.

A priori, nesse viés, temos que o instrumento em questão possibilita, ou não, a aplicação de efeitos erga omnes e vinculantes às decisões emitidas pelo Tribunal Pleno. Nesta senda, parte da jurisprudência e a doutrina hodierna disseminam a idéia da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e, de forma ímpar, a abstrativização do recurso extraordinário, obviamente submetido à apreciação do plenário do STF, deixando de lado a participação, até então necessária, do Senado Federal na suspensão da execução da norma declarada inconstitucional.

É inconcebível, a meu ver, que à luz de modificações paradigmáticas dentro do sistema processual civil e, concomitantemente a isso, a alteração natural do processo constitucional, nós tenhamos uma involução por conta da “vaidade”. Digo vaidade, porque a meu alvitre, não há atentado a previsão constitucional de competência privativa do Senado Federal, que consiste, ao menos em tese, na “manifestação soberana da suprema vontade política de um povo social e juridicamente organizado” (RODRIGUES, 2009, p. 15 apud MORAES, 2004c, p. 56). Ressaltam ainda, não ser a função do Senado, nestes casos, somente dar publicidade para a decisão, mas de análise sobre o real argumento para a suspensão, no todo ou em parte, do ato normativo declarado, concreta e incidentalmente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A preocupação aponta na concentração de poder que vem sendo dada ao STF. E ainda, preocupam-se com o comprometimento do Princípio da Separação dos Poderes.

Ora, infundadas são as preocupações dos querelantes. Afirmo a falta de fundamentação, primeiro pela seguridade de todos os princípios argumentadores citados alhures, que corroboram a competência da corte imperiosa em julgar assuntos intrínsecos aos preceitos debatidos e estipulados pela constituição. Posteriormente, percebe-se que ninguém mais competente ao julgamento destas questões que o STF. No tocante ao rompimento da tripartição dos poderes, creio que essa seja matéria superada dentro do ordenamento jurídico pátrio, por se tratar, contemporaneamente, de consonância de poderes, ou seja, os poderes não são “partidos”, mas sim, interligados e harmônicos.

Demonstrando a benignidade da opinião ora defendida, usar-se-á das palavras de João Carlos Navarro de Almeida Prado para securitizar a ideia:

A abstrativização do controle de constitucionalidade no caso concreto ou controle difuso abstrativizado, segundo Fredie Didier Júnior, presta-se a atender, a um só tempo, ao jurisdicionado e ao Judiciário brasileiro. O primeiro, vê atendida, ainda que de forma diminuta, o seu direito constitucional à celeridade processual, positivado no inciso LXXVIII do art. 5º pela Emenda Constitucional nº 45/04, a chamada Reforma do Judiciário. Com efeito, o cidadão pode obter para si o benefício da declaração de inconstitucionalidade de um regramento em processo de terceiro, sem a necessidade de também dirigir-se ao Tribunal Maior ou aguardar o vetusto, burocrático e pouco ocorrente expediente de edição de resolução pelo Senado Federal, suspendendo os efeitos da lei declarada inconstitucional, como reza o inciso X do art. 52 da mesma Carta Republicana. Já o Judiciário, em especial o próprio colendo Supremo Tribunal Federal, pode se ver livre de milhares de expedientes de cunho idêntico, racionalizando o seu serviço, de sorte a abolir a ilógica necessidade de prolatar a mesma decisão em cada processo, o que transforma os onze ministros, representantes da cúpula judicante nacional, em despachantes judiciais ou carimbadores oficiais. Em suma, o Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano, firmado entre os três Poderes e o Ministério Público, poderá, ao menos, na Corte Maior, começar a sair do papel (RODRIGUES, 2009, p. 1 apud Revista Jurídica Consulex, 242, João Carlos Navarro de Almeida Prado).

É cediço que as alegações feitas contra a tendência moderna de controle de constitucionalidade, são oriundas de membros pertencentes a correntes clássicas do direito e com resquícios visíveis do pensar positivista. Ainda no que pertine as alegações por parte dos contrários, percebe-se que as contra argumentações não são pertinentes. O que poderia ser alegado em sentido contrário aos anseios da nova tendência, é bem elucidado por Pedro Lenza, que expõe:

(...) muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII - Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação (RODRIGUES, 2009, p. 15 apud LENZA, 2008b, p. 156).

Ainda sim, observa-se que apesar do instituto tratado não existir em parâmetros legais e taxativos, podemos, por analogia, interpretar o veículo como parte integrante dos tipos de controle já existentes, subsidiado pela nova interpretação dada ao Art. 52, X, da CF.

9. Conclusão.

Demonstradas todas as opiniões acerca da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, cumpre-nos observar que os argumentos contrários ao novo instituto são metralhados pela rijeza dos novos rumos do direito pátrio. Digo isso, porque a todos os contra argumentos apresentados, há uma resposta imediata e inimaginavelmente mais eficiente, tanto processual, quanto socialmente dizendo. Necessário que a visão dos doutrinadores acompanhe as modificações ideológicas ocorridas dentro da esfera legislativa e, além disso, acontecidas na seara jurisprudencial.

No que atine o instituto tratado no presente trabalho, temos, por óbvio, a discordância concernente à sua

aplicação. Todavia, percebe-se que no mesmo viés do “novo direito”, o desígnio e a sociologia que circundam a questão em discussão são totalmente adaptáveis ao ordenamento jurídico contemporâneo.

Maior indício da sua benevolência é o resultado material de sua aplicação. Infere-se do HC 82.959/SP, que teve como relator o insigne Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que embora se tratasse de controle concreto, a corte constitucional aparentemente conferiu efeito erga omnes ao julgado, onde além de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1 do art. 2 da Lei 8.072/90, aplicou o art. 27 da Lei 9868/99 (Lei da ADI/ADC) para dar eficácia não retroativa à sua decisão, efeito típico do controle abstrato.

Posteriormente, amparados por esta decisão, foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre a Reclamação 4335/AC, no intuito de que fosse reconhecido efeito erga omnes do Habeas Corpus (HC) citado por ofensa à decisão do STF, na medida em que foram deferidos pelo juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC pedidos de progressão de regime em favor de condenados a crimes hediondos em regime integralmente fechado. Apesar do veículo de controle não ser o mesmo da modificação ora tratada, essa diferença não obsta a aplicabilidade da forma decisória defendida.

O relator ministro Gilmar Mendes, julgando procedente a reclamação, acompanhado do ministro Eros Grau, sustentou que o direito a progressão de regime se estenderia a todos e somente ao caso concreto e que a decisão proferida pelo juízo reclamado desrespeitava a eficácia geral que deve ser atribuída à decisão dada no HC supracitado.

Segundo o relator, a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e o advento da Lei 9.882/99 modificaram a concepção dominante sobre a separação dos poderes, passando a ser comum decisão com eficácia erga omnes.

Ao cabo, vale dizer que a atual vereda adotada pelo Supremo Tribunal Federal demonstra uma tendência inelutável pela objetivação do processo constitucional, o que desencadeará uma aproximação das eficácias

decisórias no controle difuso e no concentrado.

Referências

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. Dicionário Aurélio Eletrônico. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1995.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, 1991.

LYOTARD, Jean-François. O pós-moderno. Tradução de Ricardo Correia Barbosa. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

MARINHO, Cristiane M. Pensamento pós-moderno e educação na crise estrutural do capital. ed. EDUECE.: 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf.

RIBEIRO, Heitor Amaral. A Análise Contextual do ART 285-A do CPC.

RODRIGUES, Lays Faria. A Tendência da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. Disponível em < <http://www.lfg.com.br> >. Acesso em 15 de outubro de 2009.

ROZICKI, Cristiane. O que impede o exercício das liberdades. Disponível em http://www.espacoacademico.com.br/016/16col_rozicki.htm. Acesso em 14 de dezembro de 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2003.

O Caso Marbury contra Madison, ocorreu no ano de 1803 nos Estados Unidos, sendo considerado a fonte do controle de constitucionalidade difuso no direito, já que consagrou a Constituição como lei fundamental e suprema da nação e também a idéia de que o Judiciário possui a maior força na interpretação constitucional.

Thomas Jefferson, após derrotar John Adams que tentava a reeleição, determinou a seu secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título de Juiz de Paz a William Marbury, que fora assim nomeado no testamento político de Adams. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregava o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse.

O mérito da causa só foi decidido dois anos mais tarde, quando o juiz John Marshall declarou o direito de Marbury à posse do cargo de Juiz, e conseqüentemente consolidando uma jurisprudência do “Judicial Review” desconfortável para o Governo Republicano de Jefferson e cômoda para os Federalistas, que eram absoluta maioria no Poder Judiciário. A originalidade lógica de Marshall teve inspiração na doutrina, como as lições de Hamilton, no clássico “O Federalista” (“The Federalist”), escrito quinze anos antes do

caso (Marbury v. Madison), onde sustentava-se a competência do Poder Judiciário no controle das leis, e a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias. Hamilton em seu texto “O Federalista” defende a idéia de que a Constituição era o caminho mais seguro para a liberdade, dignidade, felicidade da população e que o Estado deve ser organizado em forma de Confederação. As vantagens desta forma de organização são as de suprimir facções e assegurar a tranqüilidade interna dos Estados, além de aumentar a força e a segurança externa. Para este autor, cada governo estadual era parte constituinte da soberania nacional por meio da sua representação no Senado, detendo os estados certas porções exclusivas e muito importantes de poder soberano.

Em seu voto, o juiz Marshall defende que é competência somente do Judiciário interpretar as leis em casos conflitantes e definir se determinada lei é ou não inconstitucional para que seja então anulada (“The rule must be discharged”), tendo tudo isso como base a Constituição, definida por ele como a lei máxima do ordenamento jurídico. Tal tese por ser claramente observada no trecho: “É enfaticamente a competência, bem como o dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam a regra casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma.”

O caso foi um marco na história por ser a primeira vez em que foi discutida a constitucionalidade das leis e a palavra final das decisões judiciais foi designada à Suprema Corte. Apesar disso houve polêmica no meio jurídico, sendo a divisão dos três poderes a principal questão discutida, e sobre a qual Madison endereçou um artigo ao povo do Estado de Nova Iorque.

Madison em seu texto “A Separação dos Poderes” diz que uma das principais objeções dos adversários da Constituição seria a suposta violação da máxima política de que os ramos do Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam ser separados e distintos. Para quebrar esse argumento baseado nas idéias de Montesquieu, Madison demonstra que as idéias desse grande crítico político foram mal interpretadas, se basenado na seguinte frase de autoria deste: “não haverá liberdade onde os poderes Legislativo e Executivo estiverem concentrados na mesma pessoa ou conjunto de magistrados”.

Muitos presumem que ele defendeu a completa divisão dos poderes, mas para Madison, o que Montesquieu quis dizer foi que onde “todo” o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que amarram “todo” o poder de outro, os princípios fundamentais de uma constituição livre estarão subvertidos.

Para finalizar Madison cita os três poderes de cada estado norte-americano. Ele chega a conclusão de que em todos os casos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário não são mantidos totalmente separados e distintos. Segundo ele, a acusação lançada contra a Constituição proposta, de violar a sagrada máxima do governo livre, não tem apoio nem no verdadeiro significado da referida máxima, conforme seu próprio autor, nem na interpretação que lhe foi dada até agora na América.

<https://www.diritto.it/a-abstrativizacao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade/>