

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

FISCALIZAÇÃO DIFUSA DA CONSTITUCIONALIDADE
E O INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

MARCELO WEICK POGLIESE

Natal – Rio Grande do Norte
2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MARCELO WEICK POGLIESE

FISCALIZAÇÃO DIFUSA DA CONSTITUCIONALIDADE
E O INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado
em Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Norte, em cumprimento às
exigências para obtenção do grau de mestre.

ORIENTADOR: Prof. Dr. JOSÉ DINIZ DE MORAES

Natal – Rio Grande do Norte

Agosto de 2006

“Dessa maneira, a Jurisdição Constitucional, longe de ser inerentemente antidemocrática e antimajoritária, emerge como um instrumento central para escudar os princípios majoritários e democráticos contra o risco da corrupção”.

(CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”*. Revista Forense, vol. 366, ano 99, março-abril de 2003. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2003. p 147).

Aos meus pais.

Aos queridos Raphael e Matheus, por me revelarem, dia a dia, o verdadeiro sentido da vida.

À Fernanda, esposa e amiga única, singular e inigualável, pelas horas de ausência e distanciamento

AGRADECIMENTOS

Atualmente, raros são os momentos nos quais possuímos um espaço para externar de maneira mais formal gratidão a certas personalidades que, de algum modo, marcaram essa trajetória que ora alcança a etapa mais esperada.

Aos meus grandes amigos, professores, companheiros e atualmente Doutorandos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato e Rogério Magnus Varela Gonçalves, pelo reiterado incentivo, contributo, respeito e confiança, desde os meus primeiros passos na vida profissional.

Para um desconhecido em terras potiguares, encontrei no Professor Doutor Yanko Marcius de Alencar Xavier, o primeiro gesto de conforto e acolhida, seguidos de tantos outros. Verdadeiro amigo, propulsor e conselheiro.

Ao meu orientador Professor Doutor José Diniz de Moraes, cujo compromisso acadêmico, profundidade intelectual e senso crítico são temperados por uma ímpar sensibilidade emocional. Todos esses atributos formam um exemplário que, além de fundamentais para a consolidação desse escrito, deixam-me sinceramente agraciado e honrado com o prazer de seus ensinamentos e convivência.

Ao Professor Doutor Edílson Nobre Pereira Júnior pela vastidão das lições e dimensões do conhecimento que me proporcionou durante as aulas de Jurisdição Constitucional e em outros singelos instantes de aconselhamento.

Aos Professores Oswaldo Trigueiro do Valle e Oswaldo Trigueiro do Valle Filho pela confiança que me é depositada e o pelo estímulo concreto de continuar em frente, em novos desafios acadêmicos.

Aos meus colegas de escritório, de ontem e hoje indistintamente, pelos momentos de muito trabalho em prol da efetivação desse projeto pessoal.

Aos servidores da Biblioteca do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais destaco Lucylene Valério, Paloma Nunes e Edson Marinho, pelo auxílio, carinho e dedicação para com os novos pesquisadores.

Aos meus eternos professores, aqui representados pelo Professor Mestre Jackson Duarte, aquele que me demonstrou, pela primeira vez, a paixão pelo ensino do Direito.

RESUMO

O presente trabalho consiste-se no estudo da fiscalização difusa da constitucionalidade, com enfoque em uma alternativa procedimental para a evolução desse método de aferição da compatibilidade das leis e dos atos normativos frente à Constituição: o incidente de argüição de inconstitucionalidade.

A partir da discussão sobre o novo papel da Jurisdição Constitucional nos países periféricos e na sociedade globalizada, sem olvidar do enfrentamento inevitável das dúvidas sobre sua legitimidade frente aos demais poderes do Estado, o controle de constitucionalidade brasileiro é revelado, sob uma ótica difusa não dicotômica, por intermédio de um conjunto de incongruências e incompreensões que comprometem a tranqüilidade social, a credibilidade das instituições democráticas e o primado da segurança jurídica.

Para alcançar tal desiderato, o estudo em questão discutiu as principais dificuldades do modelo misto de fiscalização da constitucionalidade brasileiro, bem como, através do seu olhar já voltado para o incidente de inconstitucionalidade, quais as formas mais adequadas para o seu cabimento, legitimidade, processamento e efeitos decisórios.

Fez-se essencial, nesse prisma, diferenciar o incidente de argüição de inconstitucionalidade concebido pelo art. 97, da Constituição Federal brasileira, do incidente de inconstitucionalidade tal qual se conhece do modelo europeu.

A inserção do incidente de inconstitucionalidade aos moldes europeus no sistema de fiscalização brasileiro, sem prejudicar a essência norte-americana que a história constitucional do Brasil apresenta desde os idos de 1891, é a hipótese apresentada como aprimoramento da Custódia da Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Processual Constitucional – Controle difuso da constitucionalidade – incidente de argüição de inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work consists of studying to diffuse control of constitutionality in Brazil, with emphasis in a procedural alternative to the evolution of that model: the incident to challenge of unconstitutionality.

Starting from the discussion about the new role of constitutional jurisdiction in peripheral countries and in the globalized society, without forgetting to face inevitable doubts about its legitimacy before other powers of the State, the Brazilian control of constitutionality is revealed, under a diffuse, non-dichotomical view, through a number of inconsistencies and misunderstandings, that compromise social peace, the credibility of democratic institutions and the supremacy of juridical security.

In order to achieve the goal, the study in course discussed the main difficulties of the Brazilian mixed model of constitutionality control, as well as, directing its view to the incident of challenge of unconstitutionality, which the most adequate forms to assure its appropriateness, legitimacy, processing and decisory effects are.

It was essential, in this point of view, to establish the difference between the incident of challenge of unconstitutionality conceived in article of the Brazilian Federal Constitution and the incident of challenge of unconstitutionality such as it is known in the European models.

The insertion of the incident of challenge of unconstitutionality based on European models in the Brazilian control system, without jeopardizing the North-American essence the Brazilian constitutional history presents since 1981, is the hypothesis that is presented as an improvement of constitutional protection.

KEYWORDS: Procedural Constitutional Law – Diffuse control of constitutionality – incident of challenge of unconstitutionality.

ABREVIATURAS

Art. - Artigo

Ac. – Apelação Cível.

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade.

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ATC – Atos do Tribunal Constitucional da Espanha

BOE – Boletim Oficial da Espanha

CD – Câmara dos Deputados

CF – Constituição Federal.

CN – Congresso Nacional

CPC – Código de Processo Civil.

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DJU – Diário da Justiça da União.

DO – Diário Oficial.

LOTCE – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional da Espanha

PEC – Projeto de Emenda Constitucional.

PLO – Projeto de Lei Ordinária.

RE – Recurso Extraordinário.

SN – Senado Federal

STF – Supremo Tribunal Federal brasileiro.

TC – Tribunal Constitucional.

TCE – Tribunal Constitucional da Espanha

TCI – Tribunal Constitucional da Itália

TCP – Tribunal Constitucional Português.

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E OS DESAFIOS DA PÓS-MODERNIDADE: A IMPORTÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	17
1.1 Constitucionalismo Moderno.....	17
1.2 Transformações do Século XX: formação e crise do Estado Social.....	21
1.3 A Globalização e os Desafios do Constitucionalismo nos Estados Periféricos	24
1.4 Um Breve Intróito sobre a Jurisdição Constitucional.....	31
1.5 A Busca pela Efetividade da Constituição por Intermédio dos Instrumentos de Fiscalização da Constitucionalidade. A Importância da Jurisdição Constitucional.....	39
CAPÍTULO II – LEGITIMIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	50
2.1 O Que é Legitimidade?.....	50
2.2 A Jurisdição Constitucional e o Problema da Legitimidade.....	59
2.3 Procedimentalismo, Substancialismo e Funcionalismo: qual o Caminho para a Definição de um Campo de Atuação Legítimo da Jurisdição Constitucional?.....	73
2.4 A Legitimidade da Jurisdição Constitucional no Método Difuso.....	94
CAPÍTULO III – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO BRASILEIRO: ORIGEM, EVOLUÇÃO E OUTROS ASPECTOS RELEVANTES.....	117
3.1 Origem (Constituição Brasileira de 1891).....	117
3.2 Evolução.....	123
3.2.1 A Constituição de 1934.....	123
3.2.2 Carta Constitucional de 1937.....	125

3.2.3 Constituição de 1946.....	128
3.2.4 A Emenda Constitucional nº16/65 e a Constituição de 1967.....	129
3.2.5 A Constituição Federal de 1988.....	130
3.3 Aspectos Relevantes do Atual Controle Difuso de Constitucionalidade Brasileiro.....	133
3.3.1 Constitucionalização do Direito.....	134
3.3.2 Inflação legislativa.....	136
3.3.3 Ampliação dos mecanismos de acesso à justiça.....	138
3.3.4 A formação da magistratura.....	139
3.4 Incongruências Internas e os Conflitos entre o Método Difuso e Concentrado	140
3.4.1 A eficácia geral da inconstitucionalidade pelo Senado Federal.....	144
3.4.2 Princípio da reversa de plenário.....	148
3.4.3 A súmula vinculante.....	152
3.4.4 O requisito da repercussão geral.....	157
3.4.5 Fechamento do debate.....	165

CAPÍTULO IV – O INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	171
4.1 Considerações Iniciais.....	171
4.2 O incidente de argüição de inconstitucionalidade endo-processual: o incidente <i>lato sensu (de lege lata)</i>.....	172
4.2.1 O processamento.....	174
4.2.2 Declaração de inconstitucionalidade ou não aplicação da lei ou ato normativo considerado inconstitucional?.....	177
4.2.3 O art. 481, do CPC – limites e discussões.....	184
4.2.4 A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 e o incidente de argüição de inconstitucionalidade <i>lato sensu</i>	190
4.3 O incidente de argüição de inconstitucionalidade meta-processual: o incidente <i>strictu sensu (de lege ferenda)</i>.....	195
4.3.1 O direito estrangeiro.....	198
4.3.1.1 A Espanha.....	200
4.3.1.2 A Itália.....	208
4.3.1.3 Alemanha.....	213
4.3.1.4 Portugal.....	214
4.3.1.5 Outros países.....	216
4.3.2 A experiência brasileira da argüição de descumprimento de preceito fundamental	217
4.3.3 Incidente de inconstitucionalidade no Brasil: as propostas legislativas.....	223
4.4 Em defesa da inserção na ordem jurídica brasileira do incidente de argüição de inconstitucionalidade meta-processual (de lege ferenda).....	228
4.4.1 Cabimento, competência e legitimidade para a argüição.....	231

4.4.2 Requisitos de admissibilidade.....	233
4.4.3 A admissão do incidente.....	236
4.4.4 Da participação dos interessados nos autos do incidente.....	237
4.4.5 Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no incidente.....	238
CONCLUSÕES.....	240
REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS.....	242
REFERÊNCIAS.....	244

INTRODUÇÃO

A consolidação do Texto Constitucional como o ápice da ordem jurídica estatal, acrescido de uma plêiade de direitos fundamentais ali consignados, provocou os cientistas do Direito a construírem um arcabouço operacional que trouxesse a estabilidade e a rigidez necessárias para a efetivação dos comandos normativos constitucionais. Surge então, dentre outras formas de defesa, a chamada Jurisdição Constitucional.

Na órbita do constitucionalismo contemporâneo, fortemente influenciado pelo fenômeno da globalização e do distanciamento sócio-econômico entre os países desenvolvidos e periféricos, a Jurisdição Constitucional assume um papel muito importante como instrumento de concretização de todos os contornos do Estado Democrático de Direito, a partir de seu compromisso com uma efetiva inclusão social de todos os indivíduos marginalizados da comunidade nacional.

Se os mecanismos jurisdicionais de Custódia da Constituição apresentam esse compromisso comunal, notório e importante torna-se debruçar sobre suas diversas tonalidades, posto que, ontem e hoje, as pesquisas sobre as alternativas e filigranas dos métodos de aferição de constitucionalidade possuem justificativas práticas e científicas.

Especificamente, o presente trabalho discute o controle difuso de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Brasil, sem olvidar da necessidade de sugerir, após analisar os pontos positivos e negativos daquele modelo concreto, uma nova ferramenta muito utilizada no sistema europeu, qual seja: o incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Para enfrentar esse desafio, revolveu-se, em linhas iniciais, o cenário de evolução do constitucionalismo, desde a Idade Moderna, passando pela formação e crise do Estado Social, até os dias atuais.

Além disso, percebeu-se que não há como se emitir qualquer juízo de valor sobre o grau de satisfação e qualidade do método difuso de controle positivado no Brasil, sem antes adentrar no estudo da tensão entre o Judiciário e os demais poderes do Estado - choque decorrente do exercício da função jurisdicional de apreciar a compatibilidade das leis e dos atos normativos frente à Constituição.

Diante dessa sensível conexão, fez-se necessário, no segundo capítulo, abordar o problema da legitimidade da jurisdição constitucional frente aos demais atores políticos do Estado. A jurisdição constitucional tem limites? Se os tem, quais o são?

Nesse particular, esse arrazoado nutriu-se da experiência constitucional norte-americana, em especial por meio da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, não obstante os ensinamentos de inúmeros autores que se dividem entre as visões procedimentais, substanciais e funcionais da intervenção do Judiciário na aferição da sintonia dos atos do Parlamento e do Executivo para com a Lei Fundamental.

Construído o primeiro alicerce, a premissa teórica, como se verá a seguir, fundamental para se mergulhar na discussão do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, tornou-se essencial, como conseqüência lógica, conhecer as origens, a evolução e as principais características do método concreto brasileiro de aferição da compatibilidade constitucional, mais uma vez, banhando-se nas fontes norte-americanas, até mesmo porque foi essa a principal (senão a única) influência da Constituição brasileira de 1891 – primeira Carta Política a instituir, no Brasil, o controle de constitucionalidade (que se reitera, nasceu difuso).

A partir de então, ficou-se mais compreensível aprofundar a verificação dos aspectos relevantes do atual controle difuso de constitucionalidade (a constitucionalização do Direito, a inflação legislativa, a ampliação dos mecanismos de acesso à Justiça e a própria formação da magistratura), bem como alguns pontos polêmicos, agora sob uma ótica mista de aferição de constitucionalidade das leis e dos atos normativos (simbiose entre o método difuso e concentrado), como ocorre com a eficácia geral da inconstitucionalidade pelo Senado Federal, o princípio da reserva de plenário (art. 97, da Constituição Federal), a súmula vinculante o, por fim, o requisito da repercussão geral.

Na esteira de que há uma tendência, no plano nacional, em se concentrar o controle jurisdicional de constitucionalidade, o arrazoado almeja demonstrar que, muito embora tenha ocorrido nos últimos anos uma série de alterações no modelo brasileiro, o sistema de fiscalização é ainda, em razão de suas inconsistências, um arquétipo incompleto e, muitas vezes, tortuoso e ineficaz. Desse modo, demonstrar-se-á como é possível criar um novo mecanismo processual que compatibilize, sem traumas, características difusas e concentradas comunicáveis e sobrepostas entre si, com um maior nível de eficácia.

Não há aqui qualquer incongruência entre a primeira parte do trabalho (um panorama do controle difuso, sob a ótica da vivência dos Estados Unidos da América) e a proposta de inclusão do incidente de argüição de inconstitucionalidade, tipicamente europeu. Suplantar essa bipolaridade é compreender que não há modelo hermético que não permita inovações de acordo com os anseios e as peculiaridades de cada um dos países.

Eis o cenário adequado para discorrer sobre o incidente de inconstitucionalidade, em uma fase bem mais distante do discurso, diferenciando-o do mecanismo já existente no Brasil (art. 97, da Constituição Federal e art. 480 e seguintes, do Código de Processo Civil) para depois enfrentá-

lo estritamente (*de lege ferenda*), tal como conhecido na vida jurídica espanhola, italiana, alemã e portuguesa, dentre outras.

A quebra da bipolaridade “*difusa X concentrada*” traduz-se na perfeita acomodação (*de lege ferenda*) do incidente de argüição de inconstitucionalidade (de nascedouro abstrato), compatibilizando-se, sobremaneira, com o método difuso brasileiro, com as devidas adaptações, como sugere o presente trabalho, em especial quanto ao cabimento, competência, legitimidade para a argüição, processamento para admissão, participação dos interessados nos autos do incidente e aos próprios efeitos da declaração de inconstitucionalidade por meio do supracitado incidente.

Harmonizar os dois métodos, como maneira, inclusive, de fortalecer ainda mais a participação do juiz ordinário no processo de concreção da Constituição. Apresentar uma alternativa para o aprimoramento do controle de constitucionalidade que privilegie a sua efetiva sedimentação e a sua respectiva capacitação para lidar, de maneira satisfatória, com os processos de (em) massa, sem rechaçar a tradição do modelo difuso no Brasil.

São esses, enfim, os limites temáticos, tudo no afã de contribuir para a consolidação da supremacia constitucional, mediante o aprofundamento das questões, sob a ótica do controle difuso da constitucionalidade no Brasil, quanto ao enquadramento sistêmico, à compatibilidade, ao processamento e à absorção do incidente de argüição de inconstitucionalidade.

CAPÍTULO 1

A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E OS DESAFIOS DA PÓS-MODERNIDADE: A IMPORTÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

A dogmática jurídica de há muito tem se posicionado no sentido de que, para se compreender o fenômeno do constitucionalismo, faz-se necessário partir do pressuposto de que não existe tão somente uma matriz histórica e geográfica, mas várias.

Portanto, pode-se sustentar a idéia de que há diversos movimentos constitucionais¹, no seio dessa teoria universal, que têm como objetivo defender a formação de uma organização política estatal, fundada em um governo limitado por bases normativas que garantam os direitos fundamentais dos cidadãos.

Indubitavelmente, muito embora se encontrem outros exemplos pretéritos, o que hoje se conhece por constitucionalismo nada mais é do que uma invenção da era moderna, fruto da necessidade de elaboração de uma justificativa teórica para a criação, elaboração e consolidação de uma nova concepção de Estado, em contraposição, como defende CANOTILHO², àquilo de vigia desde os fins da Idade Média até o século XVIII.

Por isso BASTOS³ afirma que o constitucionalismo surge como movimento realmente marcante, do ponto de vista da formação que uma organização política estatal, através do processo de juridicização do poder, muito embora se aceite que suas origens remontam a

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 47.

² *Ibid.*, p. 48.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

antiguidade clássica, a partir da idade moderna, especificamente através da Constituição Americana de 1787 e da Revolução Francesa de 1789.

Obra e graça da racionalidade humana, a organização política e social que se formava no ventre da revolução burguesa exige a ruptura da visão absolutista e dominante, mediante a introdução da técnica da liberdade⁴. A preocupação com a limitação do poder político transforma a figura do Estado de devorador a protetor das liberdades e prerrogativas dos indivíduos.

Com uma clara orientação contratualista, o aparato estatal que surge se baseia na concepção rousseauriana de que somente um contrato social – verdadeiro postulado da razão – é que seria capaz de constituir um ordenamento jurídico, consagrando os direitos de liberdade e de igualdade do homem⁵. Como diria KANT, segundo leitura de DEL VECCHIO, o contrato consiste-se no sustentáculo jurídico do Estado, cujo conteúdo central é o reconhecimento dos direitos das pessoas (liberdade humana)⁶.

Sem alongar nessas considerações preliminares, faz-se importante consignar o pensamento de SCHMITT⁷ ao defender uma distinção entre o que seria o contrato social e a Constituição em sentido positivo. Para o mencionado jurista, o pacto social não é a ordem

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 41.

⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p. 121.

⁶ *Ibid.*, p. 139.

⁷ Carl Schmitt aponta inclusive nas obras de Rousseau e Kant tal diferença, a saber: “También em Rousseau se distingue el Contrato Social, que funda el Estado, de las Lois Politiques o fundamentales, que regulan el ejercicio del poder del Estado (comp. Contrat Social, lib. II, cap. 12). Igualmente em las discusiones de la Asamblea nacional francesa de 1789 la distinción es clara al comienzo, y sólo más tarde penetra la confusión de Contrato Social y Constitución.(comp. E. Zweig, obra citada, p. 330; Redlob: Staatstheorien, págs. 152 y sigs.). En Kant, el pacto del ‘establecimiento de una Constitución civil entre los ciudadanos (pactum unionis civilis)’ es una forma peculiar del pactum sociale general (por el cual se vinculan em una sociedad una multitud de hombres); la fundación de la sociedad civil es al mismo tiempo ‘establecimiento de una Constitución civil’. La fundación (constitución) es el acto mediante el cual surge la unio civilis. Se toma aqui, pues, Constitución en un sentido absoluto, y no en el sentido positivo que estamos empleando.” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 7.ed. México: Nacional, 1966. p. 71.) Trad.: “Também em Rousseau se distingue o Contrato Social, que funda o Estado, das leis políticas ou fundamentais, que regulam o exercício do poder do Estado. Igualmente nas discussões da Assembléia Nacional Francesa de 1789 a distinção é clara no início, e somente mais tarde penetra a confusão do Contrato Social e Constituição. Em Kant, o pacto de ‘estabelecimento de uma Constituição civil entre os cidadãos (pactum unionis civilis) é uma forma peculiar do pacto social geral (pelo qual se vinculam em uma sociedade uma multiplicidade de pessoas); a fundação (Constituição) é um ato mediante o qual surge a unio civilis. Se toma aqui, pois, Constituição em um sentido absoluto, e não no sentido positivo que estamos empregando.”

jurídica positiva em si, mas o elemento normativo do poder constituinte. Portanto, não seria a própria Constituição, porém um dos caracteres jurídicos do fenômeno revolucionário constituinte.

Admitindo-se essa diferença, o que importa é notar que, mesmo situando o contrato social em instante anterior à formação da ordem jurídica estatal positiva, não se pode fugir da constatação de que o ideal contratualista também influencia as etapas ulteriores, especificamente na da criação dos alicerces estatais modernos. Isto porque é a partir desta construção teórica que se pode colocar o sistema jurídico em uma posição centralizada, sendo sua função primordial, a partir de então, a definição das barreiras para atuação do poder político (Estado de Direito).

Assim, como leciona SALDANHA⁸, surge a visão de que toda e qualquer ação estatal deve ser submissa a um conjunto normativo positivo - fruto do fenômeno constituinte -, vinculador do poder político, capaz de assegurar, como consequência, “a subsistência de previsões e certezas” para o convívio dos indivíduos com aquele poder. Nesta linha de raciocínio, a Constituição, sendo obra de uma força social pré-estatal, nada mais é do que o instrumento normativo que dá origem ao Estado, seja no aspecto da organização dos poderes e competências estatais, seja na consolidação dos direitos fundamentais, defendendo-os, inclusive, dos abusos provenientes dos próprios organismos do Estado⁹.

Na medida em que, em sua versão clássica, a Constituição assume o papel de controlar normativamente o poder político, uma real e verdadeira transformação é dada: de um aparato estatal simplificado (modelo absolutista), surge um complicado sistema racionalizado de divisão de poderes e atribuição de competências.¹⁰

⁸ SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 33.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19.

¹⁰ PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho Constitucional Comparado*. 6.ed. Madrid: Ediciones Castilla, 1961. p.28

Fincada, portanto, na idéia de um controle e fiscalização recíprocos entre os poderes (legislativo, executivo e judiciário), a citada construção teórica é mais um dos mecanismos (para não dizer um dos principais) para a segurança dos direitos individuais¹¹.

A Constituição Moderna, de fonte ocidental, é resumida, segundo CANOTILHO, da seguinte forma: (1) ordenação política fundada em um documento escrito; (2) declaração, em tal documento, de um conjunto de direitos fundamentais; (3) organização do poder político através de esquemas com o objetivo de torná-lo um poder limitado e moderado¹².

Paralelamente, seguindo o processo de secularização de poder decorrente das revoluções burguesas, através do qual as crenças e instituições religiosas se convertem ainda mais em doutrinas filosóficas e instituições leigas, o constitucionalismo moderno também propicia a transferência, mesmo que de forma tímida, da soberania para o povo (direitos políticos), mediante a formação de um embrionário sistema representativo¹³.

¹¹ Como leciona ARAGON, mencionando, inclusive, trechos da obra *O Federalista*: “(...) la división de poderes no és más que la garantía de la libertad, la división és, al mismo tiempo, interdependencia de poderes, de tal modo que se garantice que unos pueden controlar a los otros; la base sustentadora del Estado es el ‘equilibrio constitucional del sistema del gobierno’; además del control del pueblo sobre el gobierno es preciso asegurar los controles de los distintos poderes entre si; ‘han de organizarse y dividirse las autoridades de tal manera que cada una pueda constituir un control sobre la obra de la otra’”. (ARAGON, Manuel. *Constitucion y Control del Poder*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. p. 29.). Trad.: “(...) a divisão dos poderes não é mais do que a garantia da liberdade, a divisão é, ao mesmo tempos, interdependência de poderes, de tal como que se garanta que uns possam controlar aos outros; a base de sustentação do Estado é o ‘equilíbrio constitucional do sistema de governo’; além do controle do poder sobre o governo é preciso assegurar o controle dos distintos poderes entre si; ‘as autoridades não de se organizar e dividir de tal modo que cada uma possa construir um controle sobre a obra da outra’”. Urge ressaltar que, mesmo ultrapassados alguns séculos, a teoria da separação dos poderes, com as ponderações e mitigações necessárias, continua ainda sendo uma importante ferramenta de proteção não só dos direitos individuais, como de todos os direitos fundamentais.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 48.[nota 1]

¹³ Como defende o Professor Daniel SARMENTO, muito embora a democracia tenha sido uma das marcas do pensamento de Rosseau, o Estado Liberal não a prestigiou como deveria, posto que os direitos políticos foram destinados tão somente aos burgueses, mediante o denominado voto censitário, tornado os parlamentos, como conseqüência, homogeneamente da burguesia. (SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 379.).

Desse modo, os primeiros Textos Constitucionais pós-revolucionários já passam a apresentar, além dos direitos individuais, a teoria da separação de poderes, bem como a representação popular mediante sufrágio.

1.2 TRANSFORMAÇÕES DO SÉCULO XX: FORMAÇÃO E CRISE DO ESTADO SOCIAL.

VALADÉS¹⁴ pondera, afirmando que o modelo do Estado Moderno Liberal não evita a concentração do poder, tampouco consegue proteger as nações das inúmeras tensões sociais que culminam em vários processos bélicos (guerras internacionais, guerras civis e repressão do Estado).

Como bem salienta DINIZ DE MORAES¹⁵, o abstencionismo estatal que marca o Estado Liberal mostra-se extremamente inoportuno para lidar com os problemas provenientes do acúmulo e concentração de capital e do processo tecnológico. Desta maneira, privilegiam-se os proprietários e escraviza-se, por outro lado, a classe proletária.

Neste cenário, prossegue o autor, o Estado Liberal é objeto de sérias críticas, sejam decorrentes das ideologias socialistas, sejam da “doutrina social da Igreja”. O desastre do liberalismo clássico e o avanço do socialismo são marcas profundas que forçam as Constituições ocidentais não só a protegerem os direitos individuais, mas também a construir um aparelhamento para a defesa dos direitos sociais contra “um poderoso Estado paralelo: o poder econômico”¹⁶.

¹⁴ VALADÉS, Diego. Consideraciones sobre el Estado Constitucional, la ciencia e la concentración del riqueza. *Cadernos de Soluções Constitucionais*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53.

¹⁵ DINIZ DE MORAES, José Diniz. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 19.

¹⁶ Loc. cit.

Arauto de um novo tempo, o ideal socialista faz surgir, no seio do Estado Liberal, a necessidade de uma rápida e profunda modificação. Eis o Estado do Bem-Estar Social.

Descendente direto do modelo liberalista estatal, esse não conduz à substituição do sistema capitalista por outro¹⁷. O aclamado *Welfare State* mantém a iniciativa privada, a propriedade e a atividade econômica. Todavia, passa a arcar com a incumbência de incentivar, regular, fiscalizar e reprimir as situações oriundas das relações econômicas, na tentativa de assegurar a produtividade e a competitividade que, segundo os seus idealizadores, reverteriam em benefício para a comunidade (bem-estar da população).

Esse novo modelo estatal proporciona à essência da Constituição a ampliação do leque de direitos assegurados, através da transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas¹⁸. São os direitos sociais, culturais e econômicos.

Nos ensinamentos de BONAVIDES¹⁹, tratam-se de prerrogativas fundamentais intrinsecamente correlacionadas ao princípio da igualdade, do qual não lhes é permitido se repararem. O Estado Social é, portanto, um modelo politicamente mais ativo que assume para si funções distributivas, ultrapassando o dualismo e as barreiras outrora existentes entre o Estado e a sociedade²⁰.

Como observa GALINDO²¹, a dificuldade do constitucionalismo social é a junção conciliadora do liberalismo com o socialismo. Para o autor, o papel do constitucionalismo social deixa de ser o da manutenção do *status quo* para o da busca pela transformação da própria

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 28.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 51.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed.. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 518.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição Brasileira e Modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. ano 5, n. 17, out.-dez. 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 45.

²¹ GALINDO, Bruno. Comunitarismo e Constitucionalismo – Perspectivas para a teoria constitucional do século XXI. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. ano 33, n. 24, dez. 2002. João Pessoa: Idéia. p. 115.

realidade. Assim, o estabelecimento do Estado Social exige uma séria modificação na teoria constitucional, posto que a *Lei Fundamental* não pode ser mais vista, analisada e interpretada, como de fato o é, quando da vigência do Estado Liberal.

Desta maneira, com a finalidade de se adequarem à realidade social, as Cartas Políticas do início do século XX absorvem normas de conteúdo programático, definindo diretrizes a serem cumpridas pelo Estado. Todavia, não esclarecem, no conteúdo daqueles preceitos, como aquelas metas seriam alcançadas, o que dificulta sobremaneira sua aplicação e efetivação. A hipertrofia do aparato estatal torna-o mais burocrático, lento e obeso, não mais correspondendo às inúmeras demandas reprimidas da sociedade, acumuladas não só em decorrência da evolução econômica-social, mas também da democratização política²².

ERIKSSON afirma, ao defender a incapacidade do *Rechtsstaat* em resolver satisfatoriamente os problemas provocados pelos desenvolvimentos tecnológico, econômico e político, que se está diante de:

(...) una situación en la cual el Estado de bienestar y su orden jurídica han generado problemas impredecibles, problemas que parecen ser irresolubles dentro del marco de las estructuras existentes: hiperjuridización, colonización del mundo de la vida, aumento del poder de la burocracia, inmanejabilidad del sistema como resultado de numerosos imperativos irreconciliables, degeneración de la decisión judicial en decisión política, etc.²³.

Sem dúvida, a ambição normativa do Estado Social gera uma série de promessas descumpridas, disseminando a idéia de que a Constituição não é para valer.

²² SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Crise e Desafios da Constituição*. Op. cit., p. 395. [nota 13].

²³ ERIKSSON, Lars D. Tendencias conflictivas en el derecho moderno. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSIESSAO, Jyrki (orgs.). *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p.115. Trad.: “uma situação na qual o Estado do Bem Estar e sua ordem jurídica tem proporcionado problemas imprevisíveis, problemas que se parecem irresolúveis dentro do marco das estruturas existentes: hiperjuridicização, colonização do mundo da vida, aumento do poder da burocracia, impossibilidade de manipulação do sistema em razão de numerosos imperativos irreconciliáveis, degeneração da decisão judicial em decisão política, etc.”

O interessante de se observar é que o progresso da teoria constitucional, através da própria transformação da concepção de Estado, faz com que o conteúdo e a interpretação das Constituições sejam rediscutidos e ampliados no mundo contemporâneo. Após praticamente universalizado o princípio da dignidade da pessoa humana e a concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, ergue-se a idéia de uma Constituição Aberta, que reflete a orientação de se dotar à *Lex Fundamentalis* de mecanismos normativos capazes de assimilar toda a complexidade das relações sociais do final do século XX e do vindouro que se inicia²⁴.

Como ministra VERDÚ, a abertura constitucional equivale-se a dizer que as Constituições atuais descerram-se para novos conteúdos, sejam normativos (direito canônico, direito comunitário), extra-normativos (usos e convenções) ou meta-normativos (valores, postulados morais e de justiça material)²⁵.

Se, de fato, o sentimento social é de que os Textos Constitucionais ainda estão distantes da realidade da comunidade, não se pode negar que a evolução da teoria constitucional, com a abertura interpretativa propugnada, caminha no sentido de dirimir essa distensão.

1.3 A GLOBALIZAÇÃO E OS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO NOS ESTADOS PERIFÉRICOS

Além da proclamada falência do Estado-Providência e da dificuldade de concretização de todos os desafios assumidos pelas Constituições, sabe-se que a sociedade pós-moderna enfrenta, atualmente, um sério ambiente de fragilidade, em grande parte decorrente de um processo neoliberal globalizante.

²⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15.

²⁵ VERDÚ, Pablo. *La Constitución Abierta y sus Enemigos*. Madrid: Ediciones Beramar S. A., 1995. p. 11.

Como reflete DELLA CUNHA²⁶, a globalização se mostra como uma nova ordem que opera a substituição do conceito de sociedade nacional pelo de sistema global.

Dentre as transformações movidas pelo mencionado fenômeno mundial, destacam-se, na posição de VIEIRA²⁷, a circulação de capitais, a ampliação dos mercados e a integração produtiva em escala mundial, como também a criação e expansão de instituições supranacionais, a universalização de padrões culturais e o equacionamento de questões concernentes à totalidade do planeta (meio ambiente, desarmamento nuclear, crescimento populacional, direitos humanos, etc).

Ocorre que o modelo de globalização, impulsionado pelo neoliberalismo econômico das últimas décadas do século XX, produz sobre os Estados uma total inversão de valores. Ao invés de permanecerem na defesa contínua do bem-estar em suas respectivas comunidades, passam a se preocupar, de forma prioritária e frenética, com a acomodação e adaptação de suas economias nacionais às exigências da economia mundial²⁸.

A partir daí, o mercado passa a ditar novamente – como outrora fizera nos tempos do liberalismo clássico – os rumos das políticas estatais, forçando, inclusive, a tese da reestruturação do Estado, com vistas ao seu enxugamento, sob a ótica do então modelo vigente do *Welfare State*.

A referida minimização²⁹ parte do pressuposto de que ao Estado compete direcionar esforços e recursos (financeiros e humanos) para as atividades tão somente de seu núcleo estratégico. É o chamado Estado Mínimo, assim concebido pelo *Consenso de Washington*³⁰.

²⁶ DELLA CUNHA, Djason B. *Crise do Direito e da Regulação Jurídica nos Estados Constitucionais periféricos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 33.

²⁷ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. pp. 72-73.

²⁸ DELLA CUNHA, Djason B. Loc. cit.

²⁹ Terminologia utilizada por CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 25.

³⁰ O *Consenso de Washington* foi fruto de um seminário, ocorrido em 1990, com a participação do Departamento de Estado dos Estados Unidos, dos Ministérios das Finanças do Grupo dos Sete (G7) e mais 20 Presidentes dos maiores bancos internacionais, dentre eles o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Como afirma a

Todavia, o que se verifica é que a globalização neoliberal exhibe conseqüências negativas muito marcantes, das quais despontam a crescente vulnerabilidade externa e a agravação da exclusão social.

Como pontua GONÇALVES, “a concentração cada vez maior de riqueza nas mãos de poucos acarretou o agravamento do estado de miserabilidade de diversos países subdesenvolvidos”, o que faz com que seja detectado um aumento no “nível de intolerância social interna e externa”³¹.

TamANHOS são os riscos de uma globalização de cunho eminentemente neoliberal que BONAVIDES a considera como o fascismo do século XXI, pois “universaliza o egoísmo e expatria a solidariedade”³². Na visão do constitucionalista paraibano, o neoliberalismo tem uma filosofia negativa do poder, caminhando “rumo à dissolução do Estado Nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade”³³.

O fato é que a globalização – aqui compreendida em sentido genérico, abstraído-se de qualquer corrente de pensamento econômico – consiste-se em um fenômeno irreversível na

Professora Flávia PIOVESAN, “(...) o Consenso de Washington passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e a estabilização de economias emergentes – notadamente latino-americanas. Tem por plataforma o neoliberalismo (mediante a redução das despesas públicas), a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para eliminar o déficit público, a reforma tributária e a abertura de mercado ao comércio exterior. Esse consenso estimula a transnacionalização dos mercados e a privatização do Estado, condenando tributos progressivos e os gastos sociais, em prol da austeridade monetária”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Globalização*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 195).

³¹ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito Constitucional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 95. Sobre o assunto, ainda é importante destacar a seguinte passagem do mencionado autor, ainda mais sobre a conotação histórica que envolve seu comentário: “O ponto máximo de toda esta insatisfação, decorrente da centralização de riquezas, é atribuído ao recente atentado terrorista que destruiu os prédios do World Trade Center e atingiu o Pentágono, centro de operações militares dos Estados Unidos da América. Muitos analistas políticos asseguram que, embora reprováveis, os atentados de 11 de setembro de 2001 vão se constituir em verdadeiro divisor de águas na órbita política. Vê-se que a globalização tem sido, até o presente momento, excludente, posto que só tem se preocupado com o aumento de lucros dos países mais ricos. O que se precisa realizar é um processo de globalização integradora, de sorte que se possa universalizar os seus efeitos positivos. Acredita-se que os atos de terror imputados a grupos muçulmanos radicais sirvam, ao menos, para que se possa ter uma convivência harmônica no plano político e econômico”.

hodierna sociedade mundial³⁴. Defende, por exemplo, AYLLÓN³⁵ que, diferentemente das sociedades pré-modernas, nas quais os fatores tempo e espaço são necessariamente ligados, nas sociedades atuais ocorre a separação do espaço e do tempo. Isso permite a concretização de relações intersubjetivas entre os “ausentes”, dispostos à distância, todavia interagindo através do espaço.

A evolução tecnológica aqui compreendida, principalmente sob o ponto de vista da comunicação e da informação, consolida a separação do elemento espacial do temporal, permitindo, dentre outros avanços, a efetivação de novas formas de organização à lonjura, libertando a humanidade, portanto, daquelas amarras pré-modernas. Neste sentido, ainda na esteira de AYLLÓN, este defende que “(...) la ciência y la tecnologia han generado instrumentos, en especial los sistemas de información y comunicación global, que han deslocalizado las coordenadas de acción y provocado un cambio profundo en los marcos de la acción humana”³⁶.

Segundo o autor, tais sistemas – outrora limitados aos Estados e às empresas multinacionais – estendem-se a âmbitos até então inimagináveis, de tal maneira que basta um

³² BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. Op. cit.. p. 56. [nota 19]

³³ Id., Os Direitos Fundamentais e a Globalização. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 170.

³⁴ O Professor Miguel REALE afirma que “(...) não há quem não reconheça os benefícios advindos da universalização dos conhecimentos, e, mais especificamente, da mundialização dos meios e processos técnicos capazes de assegurar melhores condições de vida a todos os povos da Terra. (...) A universalização do saber e a troca incessante dos resultados e pesquisas entre as nações representa, por conseguinte, uma nova expressão do ideal do bem comum que tem condições de alargar cada vez mais o número de indivíduos e das coletividades capazes de nele participar de maneira válida e eficaz”. (REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 74). Todavia, da mesma forma que o Professor Paulo BONAVIDES, o autor reconhece que a globalização também apresenta inúmeros riscos, dentre eles, a perda das identidades nacionais, posto que a enaltecida globalização, na maioria dos casos, traduzem-se em meros disfarces de um novo imperialismo, “(...) gerado pelo domínio e a posse dos mais avançados processos técnicos de produção e distribuição das riquezas por parte dos países na vanguarda da civilização cibernética”. (Ob. cit. p. 75).

³⁵ AYLLÓN, Sergio López. Derecho. Estado y Globalización. *Isonomia: Revista de Teoría e Filosofía del Derecho*. n. 11, out. 1999. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. pp. 9-10.

³⁶ AYLLÓN, Sergio López. *Ibid.*, p.11. Trad.: “(...) a ciência e a tecnologia têm criado instrumentos, em especial os sistemas de informação e comunicação global, que deslocam as coordenadas de ação e provocam uma transformação profunda nos marcos da ação humana”.

microcomputador e o acesso à rede telefônica para se estar, virtualmente, em qualquer parte do mundo³⁷.

Em face desta posição, muitos estudiosos do tema afirmam que a globalização não pode ser concebida como uma ocorrência afeita tão somente às relações internacionais, mas também às de cunho intra-estatal e, porque não dizer, ao próprio ser humano, na sua individualidade e como membro particularizado da vida social. Eis, por exemplo, as lições de GIDDENS, professor de Sociologia da Universidade de Cambridge:

A globalização é uma questão do 'aqui', que afeta até os aspectos mais íntimos de nossas vidas – ou, preferivelmente, está relacionada com elas de uma forma dialética. Na verdade, o que hoje em dia chamamos de intimidade – e sua importância nas relações pessoais – foi criado em grande parte por influências globalizadoras³⁸.

Por isso que, “(...) embora ainda dominada pelo poder ocidental, hoje em dia a globalização não pode mais ser qualificada como uma questão de imperialismo unilateral”³⁹, porém como um elemento caracterizador da própria sociedade contemporânea.

Todavia, a conclusão de que a globalização é um fenômeno inerente à sociedade hodierna, do qual não se pode mais fugir, não retira do espectador a constatação de que ela é também, em sua natureza, excludente, posto que só tem acesso aos seus benefícios quem detém condições e qualificações para dela participar. Há, portanto, os integrados ao processo de mundialização e os marginalizados, sem qualquer perspectiva de serem inseridos.

Outro ponto merece registro: da mesma maneira que a globalização, de um lado, realiza uma crescente internacionalização da produção, a criação de mercados mundiais integrados⁴⁰ e

³⁷ AYLLÓN, Sergio López. *Ibid.*, p. 12.

³⁸ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, SCOTT. *Modernidade Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995. p. 118.

³⁹ *Ibid.*, p. 119.

⁴⁰ Para HESSE, Helmut: “A Globalização da economia significa que as fronteiras entre países perdem importância, quando se trata de decisões sobre investimentos, produção, oferta, procura e financiamentos. As conseqüências são uma rede cada vez mais densa de entrelaçamentos das economias nacionais, uma crescente internacionalização da produção, no sentido de que os diferentes componentes de um produto final passam a ser manufaturados em diferentes países, e a criação de mercados mundiais integrados para inúmeros bens, serviços e

todos os demais efeitos econômicos presentes, aquela, de outro, também contribuiu para universalização, pelo menos no mundo ocidental, do conceito de direitos fundamentais. Hodiernamente, ultrapassado todo o século XX, pode-se se dizer que, além dos direitos de primeira e segunda dimensões, encontram-se também consolidados, dentro da matéria dos direitos fundamentais, os de terceira dimensão, cujo núcleo central é a fraternidade, assim compreendidos os direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Constata SEN que o contínuo e crescente avanço da idéia dos direitos humanos (fundamentais) trazem ao tema uma espécie de status oficial no discurso internacional⁴¹.

Como diria YTURBE⁴², os direitos fundamentais assumem um contorno supra-estatal, vinculados e subordinados ao plano internacional, o que os direciona muito mais para se caracterizarem como um direito global das pessoas, independentemente de suas distintas cidadanias.

O que existe de peculiar nesse específico processo de globalização é que tais prerrogativas, individuais e coletivas, não são mais indicadas tão somente pelo aparato intraestatal, mas também por organizações meta e supranacionais. Estas, muitas vezes, em nome de toda a humanidade, interferem, inclusive, no âmbito das competências exclusivas do Estado-Nação, impondo, além da normatização, a efetiva concretização dos direitos fundamentais.

De qualquer sorte, seja em face de fatores econômicos, culturais, sociais ou de asseguarção dos direitos fundamentais, a contemporaneidade obriga os Estados a reverem seus paradigmas, principalmente após o esfacelamento (decorrente da evidente dissociação, fruto da

produtos financeiros.” (“Globalização”. Dicionário de ética econômica. Organizado por Georges Enderle, 1997. p. 305. Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *A Soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 21).

⁴¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 261.

⁴²YTURBE, Corina. Constitución, Globalización y Ciudadanía. *Isonomía: Revista de Teoría e Filosofía del Derecho*. n. 12, abr. 2000. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. pp. 43/44.

globalização, dos fatores tempo e espaço) de uma de suas características mais marcantes, qual seja, a idéia de soberania.

No instante em que os processos sociais e econômicos tornam-se cada vez mais afastados do seio estatal, processando-se fora dos limites da organização temporal e espacial de seu aparato, o Estado vê-se diante de inúmeras situações em que não tem mais o monopólio da interferência, coordenação e regulação.

O cenário torna-se ainda mais preocupante quando a questão envolvida alcança os Estados subdesenvolvidos e marginais. Em diversas situações, o sistema econômico mundial, além de concentrar as esferas de poder e decisão nos países desenvolvidos, apresenta fluxos de capitais desligados do controle dos Estados menos desenvolvidos. Estes não mais conseguem conter e debelar o alastramento de boa parte das crises econômicas e, principalmente, sociais, pois suas origens, muitas vezes, transcendem seu campo territorial de ação.

Ocorre que, os chamados Estados periféricos são reféns não só de pressões exógenas, frutos de organismos ou forças externas, mas também de núcleos internos de poder que, depois de muito tempo calados e adormecidos (mas com um acúmulo evidente de descontentamento e insatisfação com o desempenho estatal), estão cada vez mais dispostos a lutar para se libertarem das amarras do *Leviatã*⁴³.

Sabe-se que a grande parte do desgosto da massa excluída nesses Estados decorre do fato de que a quase totalidade dos direitos fundamentais não é concretizada no mundo real, muito embora devidamente consignada nas respectivas Cartas Políticas.

⁴³ A não satisfação dos problemas sociais internos, em especial, detectados nas camadas mais marginalizadas da comunidade dá azo à formação de bolsões sociais com organização normativa totalmente desvinculada dos poderes públicos, comprometendo o princípio do direito único, segundo o qual o Direito só poderia ser assim considerado se proveniente do aparato estatal. O Estado, portanto, seria a condição necessária do direito. Sobre a matéria, ver COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

A carência de efetividade do Texto Constitucional dos Estados Periféricos (e porque não dizer dos direitos fundamentais), além de comprometer seriamente sua confiabilidade, coloca-a no centro de um dilema muito difícil de ser solucionado, qual seja: como garantir a permanência da respeitabilidade da Constituição, e porque não dizer da sobrevivência do constitucionalismo, diante desses fenômenos externos e internos de destruição da estrutura vigente do Estado Nacional?

1.4 UM BREVE INTRÓITO SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de se alcançar os objetivos maiores do presente estudo, qual seja, a análise do controle de constitucionalidade difuso brasileiro e a tentativa de inserção de um novo mecanismo de aferição (incidente de inconstitucionalidade), torna-se premente colacionar um panorama desse arcabouço instrumental e hermenêutico de fiscalização da compatibilidade das leis e dos atos normativos frente aos Textos Constitucionais: A Jurisdição Constitucional.

A mera inserção, dentro de um ordenamento jurídico, de um texto normativo que reúna os parâmetros essenciais da organização do Estado e dos direitos fundamentais não é, por si só, suficiente para garantir a concretização, no plano prático e concreto, de tudo aquilo que ali se encontra disposto.

Tem-se conhecimento, portanto, que a efetividade da Constituição somente alcançará o grau de excelência esperado pela sociedade pós-moderna, mediante o aperfeiçoamento dos mecanismos de concretização da Lei Maior, em especial, de sua ordem de direitos fundamentais. Assim, a Ciência do Direito tem como dever, dentre as suas possíveis contribuições, aprimorar a

"Custódia da Constituição"⁴⁴, seja a partir da ampliação das pesquisas no campo da hermenêutica constitucional, seja através do incremento das formas de aferição da constitucionalidade de atos inferiores, a fim de que se possa manter a premissa *jus* dogmática da "supralegalidade constitucional, garantindo-se idéia da Constituição como a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania"⁴⁵.

Muito embora não seja esse o objeto específico de estudo do presente trabalho, somente a partir do real posicionamento da jurisdição constitucional dentro do aparelhamento estatal é que se poderá compreender o papel que ela exerce na sociedade atual.

A concepção do modelo constitucional moderno parte da premissa de que é primordial, como outrora sinalizado, a criação de instrumentos capazes de reprimir o surgimento do absolutismo, o que, se não contido, culminaria na derrocada da democracia e dos direitos fundamentais.⁴⁶

Hodiernamente, a divisão das funções essenciais do Estado (teoria do *check and balances*) imprime a idéia de um equilíbrio dentro das forças estatais, através de um sistema de fiscalização e mútuo controle entre os poderes. Mas nem sempre foi assim.

Ainda que alguns pensadores defendam a idéia de que a separação dos poderes tem seu autor original o filósofo inglês John LOCKE⁴⁷, na sua obra "*Two Treatises of Government*", com Charles de MONTESQUIEU é que realmente esta teoria adquire corpo e forma.

⁴⁴ Terminologia utilizada pelo Professor Oswaldo Luiz PALU para se contrapor às expressões 'defesa' e 'proteção' que, na posição do autor, apresentariam muitas variantes; segundo ele, exprimiriam idéias subjetivas como o "amor do poder à Constituição, o caráter, juramento, poder etc.", sobre as quais, portanto, não se extrai a clareza e a definição que se fazem necessárias. (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p77).

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p 77. [nota 19]

⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 129.

⁴⁷ CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* – Tomo I. Coimbra: Almedina Editora, 1996. p. 192.

Tamanha a correlação do constitucionalismo com a teoria da separação dos poderes que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem de 1789, em seu art. 16, chega a expressar que “(...) toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”⁴⁸.

Dentro da concepção tradicional francesa de separação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), a função jurisdicional é renegada a ser mera atividade mecanicista de aplicação da lei – cujo *status* é de quase um sacramento, devido ao enorme descrédito e desconfiança que os juízes detinham nos primeiros anos após a revolução.

Contextualizando a separação dos poderes dentro do cenário iluminista pós-revolucionário, percebe-se que aquela é concebida mediante a centralização do poder no Parlamento, resultado de um Estado de Direito legalista, de onde o que se almeja é, tão somente, o primado da lei⁴⁹.

Por outro lado, o desenvolvimento do constitucionalismo americano propicia uma considerável influência na teoria da separação dos poderes, na medida em que ultrapassa o mitigado arcabouço francês de controle dos poderes estatais, impingindo um verdadeiro sistema bem equilibrado, através de uma efetiva colaboração e fiscalização entre poderes, agora independentes, reforçados com a decisão do *Chief Justice* JOHN MARSHALL, em 1803, um dos mais conhecidos exemplos de controle judicial da constitucionalidade das leis.⁵⁰

Se no século XIX a Europa ainda não consegue empreender um sistema efetivo de controle do poder, posto que a Constituição detém a posição de mera ordenação fundamental do Estado (somando-se, ainda, às influências francesas pós-revolucionárias), com o surgimento do

⁴⁸ “(...) toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e a separação de poderes determinada, não possui Constituição.”

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 168.

⁵⁰ ARAGON, Manuel. *Constitucion y Control del Poder*. Op. cit., p. 27. [nota 11]

modelo de Estado Democrático de Direito (decorrente do Estado do Bem Estar Social), mediante uma concepção pluralista democrática de poder, é que a teoria da separação dos poderes adquire novos contornos.

Com a criação dos Tribunais Constitucionais e a aplicação da Constituição pelos juízes, a função jurisdicional, que antes se limita a definir o “Direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas)”⁵¹, move-se efetivamente ao exercício da atividade de apreciação da constitucionalidade dos atos jurídicos.

No instante em que o Poder Jurisdicional assume para si a prerrogativa da defesa do Texto Constitucional, resta concluir que se está dotando à Carta Política Fundamental a característica efetiva de que ela prevalece, até mesmo, sobre o poder legislativo, tradicionalmente aquele que apresenta uma feição mais democrática, mediante o instrumento de representação popular.

No seio desse novo ofício da jurisdição, firma-se o entendimento de que o princípio da supremacia completa-se com a tese da rigidez constitucional (muito embora não seja regra, como é o caso dos países de tradição do *commow law*), traduzida como um conjunto de exigências e limites materiais e procedimentais para a reforma do Texto Constitucional, mais complicados e difíceis do que aqueles empregados para uma norma comum⁵².

Além de definir a estrutura e os limites do Estado e consolidar os direitos fundamentais dos membros da respectiva comunidade, o Texto Constitucional absorve também a

⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Manuel de Direito Constitucional* – Tomo V – Actividade Constitucional do Estado. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 29.

⁵² SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional* – Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 31.

responsabilidade de trazer ao ordenamento jurídico os parâmetros essenciais para a formação de um sistema intra-estatal lógico e harmônico de leis e demais atos normativos⁵³.

Na lição de SCHMITT:

(...) todas las otras leyes o normas particulares, si bien quizá muy importantes y producidas com determinadas características externas, sino de una normación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidade cerrada, de la ley de las leyes. Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa una norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte em una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; és decir, en una unidad de normas jurídicas⁵⁴.

Neste sentido, a supremacia do Texto Constitucional é, em suma, – em sua forma escrita e rígida – a confirmação da idéia de que, no plano intra-estatal, existe uma ordem jurídica segundo a qual, “(...) desde as simples normas contratuais, estabelecidas entre particulares, até a Constituição Nacional, forma-se, desta maneira, uma autêntica pirâmide jurídica, na qual a juridicidade de cada norma é haurida da juridicidade da norma que a suspende”⁵⁵.

O importante é ressaltar que a jurisdição constitucional torna-se, aqui empregando uma visão eminentemente kelseniana, uma verdadeira garantia da Constituição, consubstanciada através de um importante elemento, dentro do sistema de medidas técnicas que têm como finalidade garantir o exercício regular das funções estatais⁵⁶.

Como corolário da supremacia da Constituição, dá-se a idéia da harmonia e da unidade sistêmica. Porém, para a harmonização desse complexo sistema uno e concatenado de normas,

⁵³ Como salienta o Professor Mauro CAPPELLETI, “(...) tem sido própria, de todos os tempos, a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma hierarquia das leis, e de garanti-la.” (CAPPELLETI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2.ed. – Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p11

⁵⁴ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Op. Cit., p. 8. [nota 7] Trad.: “(...) todas as outras leis ou normas particulares, se bem que Talvez muito importantes e produzidas com determinadas características externas, senão de uma regração da total da vida do Estado, da lei fundamental em sentido de uma unidade fechada, da lei das leis. Todas as outras leis e normas têm que ser vinculadas a essa única norma. Sob tal sentido da palavra, o Estado se converte em uma ordem jurídica que se repousa na Constituição como uma norma fundamental, é dizer, em uma unidade de normas jurídicas”.

⁵⁵ Pensamento do Professor Goffredo da Silva TELES JÚNIOR (apud BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p.624. [nota 3]).

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

faz-se necessária a utilização de instrumentos de prevenção e/ou repressão através dos quais devem ser banidas as desconformidades – aqui entendidas como o “(...) conflito de um comportamento, de uma norma ou de um ato com a Constituição e isso em uma relação de caráter normativo e valorativo”⁵⁷.

Sem se apartar, em demasia, dos estudos de hermenêutica constitucional, a Jurisdição Constitucional guarda para o controle de constitucionalidade um papel primordial, pois é através deste que se incrementará a aferição da constitucionalidade dos atos inferiores.

Como é cediço, na Teoria Constitucional há, em regra, três métodos de fiscalização da constitucionalidade: o concentrado, o difuso e o misto.

O método concentrado traduz-se na idéia de que o poder de controle deve estar sob a égide de um único órgão jurisdicional. Este tem a responsabilidade de aferir a compatibilidade da norma ou ato normativo com a Constituição, de forma abstrata e objetiva, independentemente de sua aplicação em algum caso concreto. As decisões emanadas por esse órgão têm seus efeitos irradiados para toda a sociedade (*erga omnes*).

Na lição de BONAVIDES, o controle concentrado caracteriza-se “(...) por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta”⁵⁸.

Por outro lado, o método difuso é aquele mediante o qual o citado poder de fiscalização cabe a todos os órgãos jurisdicionais do Estado. Esta atuação fracionada do controle de constitucionalidade está condicionada, todavia, a um direito subjetivo que um indivíduo busca conferir através de um processo judicial e no qual o vício de inconstitucionalidade é um obstáculo para a concretização daquele bem jurídico perseguido.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 274.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 277. [nota 19].

Esclarece FERRARI⁵⁹ que o controle difuso é aquele cuja apreciação da constitucionalidade é feita como pressuposto de uma decisão de uma relação de direito, no instante em que a validade da lei ou do ato normativo deve ser verificada a fim de que a prestação jurisdicional seja efetivada.

Para a autora, o objeto da ação posta em juízo não é a inconstitucionalidade em si, sendo essa tão somente enfrentada se realmente fundamental para a solução do conflito de interesse subjetivo⁶⁰. A via incidental, portanto, “(...) só é exercitável tendo em vista o caso concreto, um litígio posto em juízo”.⁶¹

Como bem salienta MORAES:

(...) nessa via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento de lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, esse ato ou lei permanecem válidos quanto à sua força obrigatória com relação a terceiros⁶².

No caso do Brasil, o controle de constitucionalidade desenvolve-se, seguindo a essência predominantemente jurisdicional, através da congregação dos dois métodos supracitados: o difuso e o concentrado (também conhecidos como, respectivamente, o incidental e o de ação).

O controle misto – fruto da reunião do difuso e do concentrado – além de apresentar alguns inconvenientes (contornos confusos e complicados), gera situações um tanto quanto anômalas, como a influência, interseção e sobreposição de um método sobre outro.

Como exemplo dessa relação conflituosa, eis, no caso brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário (sistema difuso), a partir da qual, a critério do Supremo Tribunal Federal, pode ser encaminhado ofício ao Senado Federal para que

⁵⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 138.

⁶⁰ Loc. cit.

⁶¹ COUTINHO, Daniele do Rocio Formiga. Controle Incidental da Constitucionalidade das leis no Direito Brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v.24, jul.-set. 1998. p.137.

⁶² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 250.

edite, se assim desejar, resolução suspensiva, com efeito *erga omnes* (característica do sistema concentrado), daquele ato viciado.

Seja qual for o sistema de fiscalização adotado – preventivo ou repressivo / político ou jurídico –, o controle de constitucionalidade tem como finalidade “(...) garantir a unidade intrassistêmica, eliminando os fatores de desagregação e ruptura, que são as leis e atos normativos que se opõem ao Texto Constitucional, conflitando com seus princípios e comandos”⁶³.

Obviamente, a Jurisdição Constitucional assume um papel de tutor dessa coerência sistêmico-normativa, na medida em que proporciona a integração, no plano vertical, da multiplicidade de regras e princípios plasmados na respectiva ordem jurídica.

Noutra banda, tem-se correlacionado a ineficácia do Texto Constitucional a algum tipo de omissão do Estado, seja porque as normas infraconstitucionais são criadas ao arrepio da Carta Política, seja em razão dos poderes públicos constituídos não concretizarem, a toda a sua gente, o rol de intenções e programas previstos na Constituição.

Sobre este ponto é que surge outra indagação: se um dos problemas mais gritantes dos Estados Periféricos, engolidos pelo movimento da globalização, reside na questão da desigualdade interna de parcela significativa de sua comunidade, decorrente dessa inércia do Executivo e do Legislativo em efetivar as prerrogativas constitucionais consagradas, será que é viável admitir, nesses casos, um novo papel para a jurisdição constitucional, dotando-a de mecanismos capazes de concretizar a tão sonhada inclusão social da(s) classe(s) marginalizada(s)?

⁶³ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 1.ed. Belém: Cejup, 1999. p.18.

A pergunta acima formulada, *a prima facie*, pode parecer solta dentro da construção textual e lógica que o presente estudo se propõe a atingir; pelo contrário, porquanto há, como se verá a seguir, uma densidade e uma conexão finalística evidente.

Acaso se constate que a Jurisdição Constitucional pode assumir um novo compromisso dentro do cenário estatal, o que não lhe era afeito nos primórdios de sua construção, certamente o estudo crítico de sua constituição e a formulação de novas formas de atuação não serão apenas exercícios dogmáticos, mas alternativas concretas para a consecução dessas atuais proposições.

Em especial, se porventura auferida a existência de um novo personagem para a Jurisdição Constitucional no plano global e nos países periféricos, torna-se ainda mais evidente a demonstração da necessidade do embate teórico do hodierno sistema difuso de controle de constitucionalidade brasileira, posto que será por seu intermédio que o indivíduo se socorrerá ao Judiciário e, assim, solucionará o conflito de interesses do qual faz parte.

1.5 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO POR INTERMÉDIO DOS INSTRUMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE. A IMPORTÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Antecedendo-se o questionamento anterior, alvo do presente arrazoado, forçoso se faz precisar o que vem a ser inclusão social, a fim de que, posteriormente, se constate da viabilidade ou não da jurisdição constitucional assumir o ônus de efetivação daquele desiderato.

Conhece-se que toda a comunidade, por qualquer que seja, realiza uma diferenciação natural entre as pessoas. Ao concretizarem o processo de interação com seus pares, os indivíduos são absorvidos por grupos sociais, dotados de características peculiares que, por sua vez, orientam a formação da personalidade e do *modus vivendi* de seus próprios membros.

Na medida em que essa comunidade se desenvolve, vão surgindo inúmeros grupamentos sociais dentro dela, formando uma teia de conexões cada vez mais intrincada e, muitas vezes, antagônica entre si.

Por sua vez, a convivência social desses grupamentos só é realizável, do ponto de vista pragmático, através de uma sistematização hierarquizada, assim conhecida como processo de estratificação social. Assim, os grupamentos são dispostos em camadas sociais, que, no caso da civilização ocidental, são particularmente de natureza aberta, posto que admitem a chamada mobilidade social⁶⁴.

Em virtude de serem os estratos sociais frutos de uma relação de hierarquia, indubitável a constatação da preponderância de uma camada social sobre a outra, assim traduzida através da equação dominante X dominado.

Nesse sentido, natural é que o acesso ao exercício do poder político seja mais fácil de ser alcançado pelas camadas dominantes do que pelas dominadas, o que geraria, *a prima facie*, uma preponderância, na elaboração das normas sociais, dos interesses daquelas em detrimento das destas. O que de fato o é.

Esta assertiva, muito embora admita exceções e seja minorada nos Estados efetivamente democráticos, tem sua importância como ponto de partida para a análise da real formação dos instrumentos de controle social, especificamente, na definição de normas explícitas da conduta humana e de suas instituições, objeto da Ciência do Direito.

Tem-se conhecimento de que o Direito, em especial, o Positivado, é construído através da definição de padrões de comportamento fundados em valores absorvidos na própria sociedade.

⁶⁴ Dá-se a mobilidade social quando se admite a transferência de um indivíduo de uma classe para outra, superior ou inferior. Como bem apresentam Cláudio Souto e Solange Souto, nas classes sociais a posição social (*status*) pode ser atribuída ou adquirida, aceitando-se que, através do esforço pessoal, o indivíduo, ao alcançar uma posição mais alta, consiga sua passagem de uma classe para outra.

Em outras palavras, o núcleo do *dever ser* contido nas normas tem um caráter, eminentemente, axiológico, fazendo com que aquelas sejam as traduções do mínimo ético estritamente indispensável à convivência social. Sobre o tema, DEL VECCHIO afirma, ao usar do instrumento da metáfora, que o Direito é a “(...) coluna vertebral do corpo social ou do organismo ético”⁶⁵.

Aprofundando um pouco mais o presente tópico, agora sob a ótica das sociedades contemporâneas, pode-se afirmar que o Direito Positivo assume um papel, não mais de ordenamento tão somente coativo, mas sim de “alívio para as expectativas”⁶⁶, na medida em que disponibiliza aos membros da sociedade “(...) caminhos congruentes generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco de expectativas contra-fática”⁶⁷.

O que isto quer dizer? Partindo-se da premissa de que em todos os grupos que compõem uma determinada sociedade existam valores culturais dos mais diversos modos impregnados – elementos propulsores de uma multiplicidade de condutas –, o Direito tem a grande função de filtrá-los, criando um arcabouço de normas que expressará - para a comunidade como um todo - aquilo de fundamental para a vida social.

O Estado foi e ainda o é, a partir do cenário construído pela civilização moderna, um ator muito importante, pois através dele o Direito pode realizar sua tarefa de definir os padrões de comportamento, de forma generalizada, para a comunidade.

Como bem leciona ADEODATO:

(...) Tal estrutura de poder é que possibilita ao direito construir seus esquemas de decisão, consubstanciados, por exemplo, nas chamadas fontes formais do direito, a fim

⁶⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Op. cit., p. 374. [nota 5]

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000. p. 115.

⁶⁷ Loc. cit.

de poder manejar operacionalmente a realidade, escolhendo certas alternativas de conduta em detrimento de outras⁶⁸.

Se a ordem jurídica positivada detém a prerrogativa de definir os mencionados esquemas de comportamento dos indivíduos, tem-se na Constituição, devido ao seu caráter de norma maior e de validez de todo o sistema, o núcleo do mínimo ético positivado pelo Estado, consolidando os valores extremamente essenciais da respectiva comunidade para a qual foi criada.

Na medida em que se constata que, dentro de uma determinada comunidade há pessoas que não são agraciadas com a garantia da efetivação desse mínimo ético, indivíduos que vivem em uma sociedade paralela, não absorvida pelo direito positivo e, porque não dizer, pelo Estado, seja porque não estão albergados pelos benefícios que o aparato estatal tem obrigação de dispor, seja porque o Estado nem sequer com elas interage, não restam dúvidas de que se está diante de um quadro de exclusão social⁶⁹. Na exclusão social, os marginalizados se relacionam, portanto, sob a égide de sistemas jurídicos desvinculados do aparelho normativo institucional do Estado⁷⁰. Nessa linha de argumentação, quando se utiliza a expressão “exclusão social”, os autores desejam focar-se naquele conjunto de indivíduos cujas vidas não mais se encaixam dentro dos padrões de comportamento consolidados pelo Direito institucionalmente posto, de forma mais particular, pela *Lex Fundamentalis*.

Além dessa parcela significativa da comunidade, a exclusão social também pode ser detectada em determinadas camadas em que não são concretizados os direitos e as prerrogativas

⁶⁸ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

⁶⁹ Para a Professora Sara ESCOREL apud ZARTH, “(...) a exclusão social se manifesta no contexto social (pela fragilidade que se estabelece no contexto das relações humanas), no contexto cultural (pela estigmatização simbólica e o descaso pelas representações sociais); no contexto humano (pelo descaso à pessoa, quando se encontra sem nenhuma função social) e no contexto político (pelo desrespeito aos direitos fundamentais do homem)”. (ZARTH, Paulo Afonso et alii. *Os Caminhos da Exclusão Social*. Ijuí: UNIJUI, 1988. p. 15).

⁷⁰ Como ensina ADEODATO, o fato de existir o Estado não elimina a possibilidade de existência de outros modelos jurídicos, também eles dotados com poder de coerção de suas prescrições, “(...) seja sob a tutela do Estado, como o costume *secundum ou praeter legem*, expresso ou tácito, seja contra o macromodelo estatal, como é o caso dos conteúdos jurídicos presentes em organizações criminosas como a máfia ou do efetivo poder de certos costumes ab-rogatórios, *contra legem*. Sem esquecer modelos mais amplos que o Estado, presente no direito internacional.” (ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. Op. cit., p. 26). [nota 68]

normativamente assegurados pelo Direito posto. No caso da ineficácia dos direitos fundamentais, o problema não contamina normas setoriais do sistema jurídico posto, mas o próprio Texto Constitucional. Afirmar-se-á, então, que a inclusão social, em sentido contrário:

(...) é um conceito que conota um processo, atinente a eliminar a manutenção da exclusão. Por isso, a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas ou de grupos sociais a margem dos benefícios do sistema político-econômico⁷¹.

Ultrapassada a definição teórica do conceito de inclusão social, para fins de delimitação do estudo, ressurgiu o questionamento outrora já lançado, no sentido de saber da viabilidade de se admitir um novo papel para a jurisdição constitucional, dotando-a de mecanismos capazes de concretizar a tão sonhada inclusão social.

A crise do Estado gera a necessidade de se estudar, no plano jurídico e político, quais os caminhos a serem tomados para a remodelação do aparelho estatal. De forma perfunctória, pode-se dizer que a primeira alternativa é aceitar o esfacelamento da atual organização estatal, rumando para um processo de desnacionalização, em especial, com o término do modelo constitucionalista tradicional de Estado.

Nessa linha de tirocínio, uma estrutura meta-constitucional, devidamente institucionalizada, absorveria os Estados Nacionais, tendo início a partir da imbricação do Direito Constitucional com o Direito Internacional⁷².

Como defende CANOTILHO⁷³, se o paradigma emergente que alguns pretendem designar como constitucionalismo global ainda não está em condições de neutralizar o

⁷¹ DE PAULA, Jonatas Luiz Moreira. *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social*. Barueri: Manole, 2002. p. 91.

⁷² O Professor Doutor J. J. Gomes CANOTILHO defende a idéia de um constitucionalismo global fundado, segundo ele, em três grandes alicerces, a saber: (1) a definição de um novo paradigma do sistema jurídico-político internacional, não mais voltado às relações horizontais entre Estados, mas concentrado na interação Estado/Povo; (2) a consolidação de um conjunto de princípios, valores e regras universais paulatinamente textualizados em normas internacionais; (3) elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a pressuposto essencial de todos os constitucionalismos nacionais. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1276). [nota 1].

⁷³ Loc. cit.

constitucionalismo nacional, conclui-se que, no plano interno, persiste a afirmação de um poder ou supremacia dentro de determinado território e concretamente traduzido no exercício das competências soberanas (legislação, jurisdição e administração).

O problema que se pretende discutir nesta etapa do presente trabalho é o de saber se é possível minorar os inúmeros gravames sociais e econômicos dos Estados periféricos contemporâneos, como é o caso do Brasil, a partir de uma reformulação dos instrumentos dispostos a serviço de suas atividades para consecução de seus próprios objetivos, em especial, mediante o incremento de uma de suas funções mais importantes, qual seja, a jurisdição.

Aqui, porém, buscar-se-á algo mais pontual. Para verificar a problemática supramencionada, não basta analisar a possível recomposição da função jurisdicional *lato sensu*, mas, especificamente, da própria jurisdição constitucional.

Sabe-se que o Judiciário apresenta concepções diferentes, a depender do tipo de Estado a que se está a estudar. Se na estrutura liberal, o objetivo do Judiciário é contornar litígios entre indivíduos e, na social, a meta é solucionar conflitos coletivos, mediante um processo de conciliação, na concepção pós-social o desiderato é a administração de novos conflitos, agora pautados por interesses difusos⁷⁴.

Acontece que nos Estados periféricos, como é o caso do Brasil, a estrutura do Poder Judiciário não é preparada para esses novos desafios. Ainda na particular experiência brasileira, vê-se que a explosão dos conflitos sociais entre as décadas de 40 e 70 (desenvolvimento industrial), acrescida do processo de urbanização desenfreado, da aceleração das desigualdades sociais, das sucessivas crises econômicas e fiscais e dos reiterados fracassos das políticas públicas não encontra vazão na instituição tradicional e fechada do Judiciário. Este não conseguiu

⁷⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 50.

ordenar, coordenar e sanar todos os reais desejos individuais e coletivos de seu povo, na solução dos inúmeros conflitos de interesses que lhe são dispostos a revelar.

Isso se torna cada vez mais preocupante na medida em que há um déficit de demandas acumulados em razão da inoperância dos poderes Executivo e Legislativo. A tentativa de preenchimento das lacunas sociais provocadas pelo Executivo e o Legislativo remete o Judiciário à necessidade de se auto-remodelar, a partir da quebra de uma visão liberal-tradicional de suas funções.

Em outras palavras, para se manter como uma instituição respeitada pela sociedade (e, porque não dizer, a última guardiã da comunidade), o Judiciário precisa enfrentar os novos litígios que lhes são apresentados (complexos, diversificados, contraditórios e fragmentários). E isso é, indubitavelmente, alterar a concepção tradicional da separação dos poderes, da qual, por exemplo, o Judiciário brasileiro ainda não foi capaz de se libertar.

Já dizia CAPPELLETTI⁷⁵ o quanto é perigoso um Judiciário confinado ao exercício jurisdicional dos conflitos meramente individuais. A debilidade dessa prática projeta um Legislativo e um Executivo totalmente não controlados, a menos que haja um sistema de justiça administrativa, o que não é o caso de muitos países europeus, do Brasil e de outros países periféricos. O Judiciário necessita, portanto, de uma atuação mais ativa, todavia lhe é necessário enfrentar as crises das quais é vítima.

Além de problemas de meio (problemas de financiamento e de falta de recursos), o sistema judiciário brasileiro sofre ainda de dois problemas cruciais, na visão de LOPES⁷⁶: a centralização e a concentração. Centralizada, na medida em que a carreira de magistratura é

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993. p. 53-54.

⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. In: **FARIA, José Eduardo (Org.).** *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 73.

sempre de progressão para os grandes centros; concentrada, porque o regime de recursos agrupa as decisões nos órgãos superiores da máquina judiciária. Esses dois fenômenos estruturais do Judiciário tornam os processos muito mais longos e caros, o que afugenta uma parcela significativa da população. Abreviar as instâncias e os recursos é, talvez, uma saída.

Focalizando-se na Jurisdição Constitucional, em especial no controle difuso de constitucionalidade brasileiro, verifica-se que ele não foi organizado para atender esses novos objetivos. O seu processamento, tal como em todas as lides ordinárias, é sobreposto por muitos outros instrumentos recursais, além de ser, de outro modo, sempre de tardia solução.

A contribuição que possivelmente o presente trabalho possa apresentar se constata no momento em que busca enfrentar as mazelas do sistema difuso de constitucionalidade brasileiro e, como corolário, colacionar algumas ferramentas processuais que diminuam o lapso temporal “questão constitucional X decisão fiscalizadora da constitucionalidade”.

Entretanto, registre-se, para dotar a jurisdição de força suficiente para o fomento da inclusão social, não basta o acesso absolutamente igualitário, tampouco o aprimoramento dos procedimentos de seu aparato. É essencial que a jurisdição também assegure um resultado socialmente justo.

Como leciona STRECK, torna-se urgente criar as condições necessárias para que o Direito, e porque não dizer a própria Jurisdição, sejam instrumentos de transformações sociais qualitativas e quantitativas, decorrente dos feixes emanados pelo verdadeiro Estado Democrático de Direito⁷⁷.

Isso somente será alcançado, portanto, no instante em que todos os elementos que compõem o Judiciário – aqui compreendendo não só os juízes e os serventuários da Justiça, mas

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 89.

também os advogados, os defensores públicos, os membros do Ministério Público – encontrem-se banhados por uma nova cultura jurídica, através da qual lhes dê uma novel visão constitucional do sistema jurídico (com maior ou menor, dependendo dos casos, apego ao arcabouço legislativo) com forte apelo à sensibilidade social. Mais especificamente, a Jurisdição Constitucional – assim entendida como conjunto de atividades judiciais dotado de poder-dever de aplicar e defender o texto constitucional – tem a responsabilidade de estar voltada para a realização do bem comum, para a efetiva consagração da dignidade de todos os homens⁷⁸.

O fortalecimento dos direitos fundamentais, afirma AGRA⁷⁹, traduz-se como elemento central para o alargamento da Jurisdição Constitucional, porquanto, quanto maior a exacerbação das prerrogativas fundamentais no Texto Constitucional, maior o será, na mesma proporção, seus mecanismos de custódia. O Judiciário assume, assim, o papel de “defensor dos direitos fundamentais”, em um processo de colmatação de lacunas deixadas pelos outros atores políticos, quais sejam, o Legislativo e o Executivo.

Ultrapassada a análise jurídico-sociológica da importância da Jurisdição Constitucional e o estudo de seu arcabouço instrumental, faz-se necessário o enfretamento de sua justificativa dentro do que se conhece e observa na teoria constitucional da repartição das funções do Estado, posto que, no instante em que o Judiciário absorve para si essa responsabilidade, óbvia é a conclusão que haverá, indubitavelmente, a interferência da atividade jurisdicional sobre aquelas outras.

Como corolário, a intromissão nas omissões e erros cometidos pelo Executivo e o Legislativo – que ferem a Constituição e, como conseqüência, prejudicam a sua efetividade –

⁷⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A filosofia do controle de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88. *Revista de Informação Legislativa*. ano 36, n. 143, jul./set. 1999. Brasília, Senado Federal, 1999. p 315.

⁷⁹ AGRA, Walber de Moura. *Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal – Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p.95.

introduz a Jurisdição Constitucional em um cenário de distensão para com os demais poderes estatais, na medida em que toma para si um papel preponderante sobre aqueles.

Ao assumir a supracitada prerrogativa, a função jurisdicional choca-se principalmente (agora na posição de fiscalizadora da constitucionalidade), com a função legiferante.

De um lado, a doutrina – eminentemente influenciada pelo constitucionalismo clássico liberal – vê na jurisdição constitucional um limite ou uma restrição ao princípio do governo do povo pelo povo. De outro, especificamente no caso dos Tribunais Constitucionais, defende-se sua superioridade face o próprio poder legislativo, a ponto de colocá-los em nível superior aos outros poderes do Estado, de tal modo que “(...) che un giudice si pone su di piano superiore rispetto alle parte che trovano di fronte ad esso⁸⁰”.

Se alguns, como é o caso de MELLO⁸¹, sustentam que os Tribunais Constitucionais desempenham uma atividade moderadora, na nova concepção de divisão das funções do Estado, outros, como é o caso de Lorde BRYCE, conforme indicação de SCHWARTZ⁸², defendem a idéia de que os tribunais ordinários americanos, não só a Suprema Corte, funcionam como uma terceira Câmara, todavia superior às duas Casas do Congresso, posto que detentores do poder de veto absoluto sobre as leis aprovadas por elas.

O fato é que se o objetivo da presente dissertação consiste-se em realizar uma análise crítica do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, com a apresentação, inclusive, de novos instrumentos processuais que acelerem a efetividade dos direitos consolidados no Texto Constitucional e que propiciem, como consequência, a diminuição da exclusão social, a questão

⁸⁰ PANUNZIO, Sergio P. *I Regolamenti della Corte Costituzionale*. Padova: Cedam, 1970. p. 364. Trad.: “(...) um juiz se põe em plano superior em relação às partes que se encontram diante disso”.

⁸¹ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda de Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 252.

⁸² SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 176.

do fundamento de validade e de aceitabilidade jurídica dessa atuação jurisdicional deve ser realmente enfrentada.

Não se têm condições de aprofundar o estudo positivado dos mecanismos de aferição jurisdicional da constitucionalidade das leis sem antes discorrer ao leitor se existem razões jurídicas, e quais são elas, que justifiquem sua atuação frente aos demais poderes do Estado.

É muito comum os operadores do Direito se preocuparem com questões de ordem eminentemente pragmática. Contudo aos juristas (cientistas do Direito) é defeso olvidar do compromisso de compreender as bases teóricas que caracterizam os diversos institutos jurídicos instituídos pela ordem jurídica.

Não há como desenvolver novas ferramentas para a Jurisdição Constitucional, tampouco, como objetiva o presente trabalho, realizar uma verificação crítica do sistema difuso de controle de constitucionalidade brasileiro, sem antes abordar seu confronto inevitável e inegável para com as funções legislativa e executiva. Revelar as raízes teóricas da legitimidade da jurisdição constitucional: eis o tema do próximo capítulo.

CAPÍTULO II

LEGITIMIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como dito alhures, percorrer os contornos do debate sobre os fundamentos da Jurisdição Constitucional (legitimidade) reforçará sobremaneira os argumentos favoráveis à necessária apreciação e crítica do modelo atual do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, o que irá permitir a preparação do cenário ideal para o exercício racional com fins ao seu aprimoramento.

Informa-se que a conexão do tema “legitimidade da jurisdição constitucional” e as reformas dos métodos de aferição e seus efeitos é defendida por SARLET⁸³, porquanto não há como falar em novas ferramentas do sistema de controle de constitucionalidade, sem antes enfrentar a complexa definição dos limites de atuação do juiz constitucional frente aos demais poderes estatais.

2.1 O QUE É LEGITIMIDADE?

Uma das unidades gramaticais mais utilizadas na Ciência do Direito e, muitas vezes, tão mal empregada é a “legitimidade”. Poucos são aqueles que conseguem franqueá-la de forma a exprimir o que ela realmente significa. O vernáculo usual define legitimidade como a qualidade ou o estado fundado no direito, na razão e na justiça. Apesar de ser um caminho para torná-lo

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I – n° 03. Salvador, junho de 2001. p. 13.

inteligível, o desenvolvimento puramente lingüístico do vocábulo em questão não resolve o problema, dada a sua vagueza e compreensão.

Ciente da ácida tarefa de se conceituar a palavra “legitimidade”, ADEODATO afirma ser penosa enfrentá-la, em razão de ser árduo encontrar argumentos, dado seu caráter dinâmico, para formar uma conclusão definitiva, em busca de sua verdade de significado⁸⁴.

Sem muitas pretensões, buscar-se-á, aqui, clarear um pouco mais o que venha a ser *legitimidade*, a fim de levar o leitor, nos tópicos seguintes, a acompanhar o raciocínio quanto ao tema central do presente arrazoado, qual seja, o da legitimidade da jurisdição constitucional frente ao princípio da separação de poderes.

A referida alocação é fruto de uma correlação proveniente do casamento entre o DIREITO e o PODER, o que, em razão da polissemia dessas palavras, dificulta ainda mais seu entendimento. A começar pela análise do PODER, não se pode negar que, focalizando a essência das mais diversas de suas concepções, este é um fenômeno social decorrente de uma relação de subordinação entre pessoas, força através da qual a vontade de um prevalece em detrimento das outras.

Como ensina RUSSO, ao discorrer sobre o significado do vocábulo PODER, “(...) tal como se lo define habitualmente, el poder es la relación social de mando e obediencia, esto es, cuando el mandato de un sujeto es obedecido por otro, cualquiera sea la motivación de la obediencia”⁸⁵.

⁸⁴ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. Op. cit., p.54. [nota 68]

⁸⁵ RUSSO, Eduardo Angel. *Teoría General del Derecho*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2001. p. 307. Trad.: “(...) tal como se o define habitualmente, o poder é a relação social de mando e obediência, isto é, quando uma ordem de um sujeito é obedecida por outro, qualquer que seja a motivação da obediência”.

Partindo-se da premissa de que o poder emerge sempre quando alguém exerce uma influência vinculativa sobre a vontade de outro indivíduo (vínculo de autoridade), a questão reside em saber quais são os motivos que levam esse ser a cumprir uma ordem de outrem.

Genericamente, pode-se mencionar o temor, o respeito, a conveniência, a reciprocidade, o amor ou a crença em deveres de origem sobrenatural, e tantos outros motivos. Como RUSSO afirma, “(...) un líder carismático puede ser obedecido por devoción, un tirano por terror, un rey por tradición, un profeta por su vinculación con la divinidad, etcétera”⁸⁶.

Na medida em que as sociedades se desenvolvem, as relações de subordinação (vínculos de poder) vão se tornando cada vez maiores e mais complexas, a ponto de se concretizar superestruturas de poder, como é o caso do Estado. Como pontua Max WEBER, a comunidade política (o Estado) cria uma série de ordens casuísticas, fundadas numa grande ordem jurídica, fruto de seu próprio monopólio, mediante a qual todas as outras comunidades àquela inseridas (*intra-estatais*) encontram-se subjugadas⁸⁷.

A dominação dessa superestrutura sobre as demais comunidades a ela inerentes gera, indubitavelmente, uma relação de poder, situação na qual o Estado terá como sua função principal a de limitar e tolher a liberdade de atuação dos outros núcleos de poderes a ele subordinados.

A idéia de dominação, na esteira do pensamento de Max WEBER, tenta estabelecer e cultivar a premissa de que sua atuação (domínio) é claramente justificável. A consequência desse processo de “autojustificação” é, portanto, o que é conhecido como legitimidade.

⁸⁶ Ibid. p. 307-308. Trad.: “(...) um líder carismático pode ser obedecido por devoção, um tirano por terror, um rei por tradição, um profeta por sua vinculação com a divindade, etc.”.

⁸⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. v. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. p. 157.

Como afirma HABERMAS, “(...) a legitimação das ordens de autoridade e das normas básicas pode ser entendido como uma especialização dessa função ‘doadora de significado’”⁸⁸. Por isso, torna-se admissível assentar a idéia de que a LEGITIMIDADE nada mais é do que uma qualidade atribuída ao PODER, admitindo-se, assim, muito embora não seja preferível, a existência de um poder de decidir e exigir condutas, carente de legitimidade.⁸⁹

Em seu conhecido e supracitado estudo *Economia e Sociedade*, WEBER sugere três tipos de dominação: a) o carismático, cuja justificativa (fundamento de legitimidade) é personificado na pessoa do chefe, ante os seus atributos pessoais, como é o caso da fé, heroísmo, santidade, competência militar, etc; b) o tradicional, decorrente de uma crença fundada em elementos históricos; c) e o legal-racional, repousando na idéia da crença da legalidade, obra da racionalidade humana.

De modo óbvio, o conceito de legitimidade que se aproxima ao presente estudo tem como ponto de partida a visão liberal do tema, afastando-se da posição teocrática, segundo a qual o poder político encontra sua causa no divino ou sobrenatural, bem como da tradicional, cujos costumes são seus elementos justificadores.

Ora, a justificativa da dominação fundada na visão legal-racional é, *a prima face*, a mais apropriada, posto que é a partir do Estado racionalizado que se projeta toda a sociedade pós-moderna.

Todavia, as contribuições de WEBER devem ser compreendidas dentro de um contexto histórico, porquanto acaso recepcionadas aos dias atuais, sem qualquer adaptação, podem proporcionar, em especial no que concerne ao enquadramento do conceito de legitimidade

⁸⁸ HABERMAS, Juergen. *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 150.

⁸⁹ ADEODATO, João Maurício. *O Problema de Legitimidade – no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p 20.

racional nas ciências jurídicas, uma série de interpretações equivocadas, confundindo a idéia de legitimidade com a de legalidade.

A teoria normativa – tendo como seu principal ideólogo KELSEN – enfrenta o problema da legitimidade, muito embora sua contribuição sobre esse tema seja diminuta, mediante uma neutralidade axiológica. Toda a sua base argumentativa funda-se em uma estrutura lógica, cujo ponto de partida é a norma fundamental (Grundnorm).

A legitimidade vem, portanto, da comprovação de que aquela norma – que orienta um agir – tem seu fundamento de validade impingido em uma norma de instância superior. Nesse sentido, para KELSEN a legitimidade está intimamente ligada ao princípio da eficácia.⁹⁰

A crítica que se faz ao positivismo jurídico é a de que essa neutralidade axiológica simplesmente elimina o caráter valorativo da fundamentação do poder (título para o exercício do poder, na conceituação de BOBBIO⁹¹), bastando apenas que aquele esteja conforme a ordem jurídica para ser considerado legítimo⁹².

Noutra banda, SCHMITT diverge de KELSEN no instante em que defende a prevalência do fenômeno político frente ao jurídico quando o assunto é legitimidade. Para o mencionado cientista alemão, a legitimidade resulta diretamente de uma decisão política concreta, soberana e reconhecida, desvinculada de qualquer norma ética ou jurídica⁹³. A ordem legal-constitucional vigente é conformada, portanto, sem qualquer dependência de uma base jurídica maior.

⁹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Legitimidade e Legalidade: uma distinção necessária. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 124, out.-dez. 1994. p. 182.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. Sur le principe de Legitimité. *Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. p. 150.

⁹² Como observa FARIA, a experiência do positivismo e da doutrina do Rechtsstaat na Alemanha, nos anos 30, é um exemplo relevante, na medida em que se verifica que foi a própria ordem jurídica progressista da República de Weimar transformada numa das fontes de justificação do nazismo (FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 95).

⁹³ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Op. cit., p 103. [nota 7]

Há também a contribuição de HELLER, conformando os fatores reais a um sistema de valores que justifiquem o próprio poder⁹⁴.

Já os pensadores realistas buscam, por outro lado, desconstituir o conceito até então de legitimidade, na tentativa de lhe retirar seu conteúdo. No momento em que tal corrente de pensamento aproxima a validade da funcionalidade, o poder passa a ser tudo aquilo que faz com que as pessoas obedeçam, posto que tudo o que funciona seria, portanto, válido⁹⁵.

Paralelamente, o sociólogo LUMANN também aponta para a necessidade de se afastar das antigas concepções do conceito de legitimidade. Porém, defende, sob o ponto de vista funcional, a partir da consolidação de uma realidade baseada na positivação do direito, a chamada legitimação pelo procedimento⁹⁶.

Segundo seus ensinamentos, a prática da vida em sociedade remete à constatação de que há uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, muito embora o indivíduo seja limitado do ponto de vista da percepção, assimilação e atuação concreta⁹⁷. Na medida em que as relações tornam-se mais complexas, o indivíduo depara-se, em uma situação concreta, com a existência de mais possibilidades do que ele pode realizar.

Assim, é inevitável concluir que ele deverá restringir seu campo de probabilidades (seleção forçada). Ora, no instante em que o agente reduz seu âmbito de possibilidades (complexidade), mister se faz registrar que ele assume riscos (contingência), podendo ser alvo de desapontamento (a opção concretizada não lhe era a mais esperada ou desejada)⁹⁸.

⁹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Legitimidade e Legalidade: uma distinção necessária. Op. cit., p. 183. [nota 90]

⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. Ob. Cit. p. 60. [nota 68]. Registre-se que o mencionado autor pontua que no próprio realismo há, como é o caso da obra de Karl Deustch, uma preocupação em se minimizar a equiparação entre a legitimidade e funcionalidade, propondo-se a admissão de um mínimo de conteúdo ético e de adesão para a configuração de uma legitimidade estável.

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 70.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 47-48.

No olhar de LUHMANN, o Direito funciona como um instrumento de redução de possibilidades, constituindo-se assim um alívio, no instante em que disponibiliza “(...) caminhos congruente e generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades”⁹⁹, reduzindo o risco exacerbado daquelas expectativas.

O Direito é, assim, apresentado como um conjunto de regras que limitam o número de desejos realizáveis. Deste modo, isto afasta os riscos de que as alternativas outrora não indicadas naquele repertório possam ser selecionadas.

A discussão passa a ser interessante para LUHMANN no momento em que as pretensões dos indivíduos se contrapõem. Como se poderá obter dos litigantes – destinatários das normas – a aceitação tácita sobre a solução dada ao seu litígio? A resposta é simples: na predisposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas¹⁰⁰.

A legitimidade, para LUHMANN, não é algo imanente ao poder, mas algo que seria construído através da necessidade de solução de um conflito de interesse, oportunidade na qual os indivíduos aceitam e confiam a determinado poder (seja ele qual a sua expressão) a respectiva decisão, baseada naquele conjunto de regras jurídicas previamente definidas. Nas lições do mencionado autor, a legitimidade é uma:

(...) ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde só que esta não é, de fato, realizada. Legítimo passa a significar de acordo com procedimentos jurídicos pré-fixados, perdendo definitivamente qualquer conteúdo externo, transcendente, imanente ou que quer que seja. A legitimidade não é, mas processa-se¹⁰¹.

⁹⁹ Ibid., p. 115.

¹⁰⁰ “Aceitar, previamente, as regras do jogo”. É o que diria o professor João Maurício ADEODATO. *O Problema de Legitimidade* – no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Op. cit., p. 62. [nota 89].

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Op. cit., p 74. [nota 96]

Portanto, LUHMANN define a legitimidade como uma disposição generalizada em aceitar decisões de conteúdo não definido, todavia dentro de certos limites de tolerância¹⁰².

A idéia de legitimação pelo procedimento é questionada por alguns autores, como é o caso de HABERMAS. Para este filósofo, o problema da legitimidade ainda não consegue ser resolvido, na medida em que se torna novamente refém de um conjunto de normas anteriormente estipuladas. Esta contestação parte do fato de que a teoria sistêmica idealizada por LUHMANN não é satisfatória em momentos de crises¹⁰³. Ademais, segundo HABERMAS, um procedimento só se legitima indiretamente, através de referência a autoridades que, de sua parte, precisam ser reconhecidas. O citado sociólogo não teria explicado como as autoridades legitimam-se¹⁰⁴.

Alguns juristas questionam – como é o caso de GRAU – as formulações supracitadas, por entenderem que tais proposições não se enquadram de maneira satisfatória no âmbito da ciência jurídica.

O atual Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro defende, apoiando-se em Carl FRIEDRICH, que a legitimidade deflui da autoridade, esta compreendida como fruto da relação entre as ordens emanadas por quem detêm o poder e o consenso do grupo social¹⁰⁵.

A autoridade sustenta-se, portanto, em “(...) princípios que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do direito positivado (direito posto)”¹⁰⁶. Para o mencionado autor, portanto, o fundamento da legitimidade é encontrado na autoridade e não no Direito. Trata-se de um resgate de algo pressuposto à ordem jurídica posta.

¹⁰² DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade – a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 38, n. 150, abr.-jun. 2001. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 101.

¹⁰³ ADEODATO, J. M. *Ética e Retórica*. Op. cit., p. 76. [nota 68].

¹⁰⁴ HABERMAS, Juergen. *A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio*. Op. cit., p. 128. [nota 88]

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 59.

¹⁰⁶ Loc. cit.

Noutro sentido, COELHO observa que a questão da legitimidade pode ser relacionada tanto com o aspecto da positividade – assim compreendida como a prevalência de um direito em determinado espaço e tempo – como com o da juridicidade – vigência de normas sociais derivadas da autoridade no seio dos grupos integrantes de uma sociedade plural¹⁰⁷. Para o autor da obra *Teoria Crítica do Direito*, a legitimidade é a qualidade ética do direito. Assim, o mais importante não é desvendar a legitimidade em si, mas os seus critérios, especificamente, intra-jurídico e extra-jurídico.

O primeiro pressupõe a necessidade de uma lógica de todo o ordenamento jurídico (o que não se afasta da idéia de KELSEN). Já o critério extra-jurídico determina a coerência entre as normas jurídicas e os princípios ou valores que podem ou não estar inseridos no ordenamento, funcionando como limites do direito positivo e dos direitos plurais¹⁰⁸.

Como se pode verificar, da mesma forma como em outras oportunidades supracitadas, a discussão da legitimidade remete a algo que transcende o direito posto. Há, portanto, um evidente distanciamento desse conceito com o de qualquer conotação de legalidade.

Retira-se de todo esse apanhado teórico que a idéia de legitimidade não pode ser resumida, tão somente, em um consenso ou conformação social, muito embora isso seja necessário. Acima de tudo, a legitimidade deriva da aceitação social fundada em elementos valorativos previamente concebidos, orientadores de todas as relações de autoridade presentes em determinada sociedade.

¹⁰⁷ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 358. [nota 43]

¹⁰⁸ Ibid., p. 359.

2.2 – A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

Feitas estas breves considerações sobre a definição do vocábulo “legitimidade” e a discussão sobre o seu emprego no mundo jurídico, discorrer-se-á, no presente tópico, sobre a problematidade da legitimação da jurisdição constitucional sobre à ótica da divisão dos poderes do Estado.

O problema da legitimidade da jurisdição constitucional, apesar de ser um tema reiteradamente debatido na doutrina americana e europeia, somente passou a ser difundido, pela doutrina brasileira, nos últimos anos.

Importante denotar que, muito embora a finalidade deste trabalho consiste-se em defender a adaptação, no sistema difuso brasileiro, de um instrumento tipicamente europeu de aferição de constitucionalidade (o denominado incidente), a apreciação da legitimidade da jurisdição constitucional será banhada, em especial, pela experiência norte-americana. Isto porque o cotidiano estadunidense é rico em dados empíricos desse choque real e contundente entre as funções de Estado.

Em verdade, o constitucionalismo moderno, da mesma forma que consolida o modelo positivista de Constituição, estabiliza a idéia, cuja eclosão deu-se com MONTESQUIEU, da divisão das atividades do Estado. Assim, constata-se a existência de três grandes funções: a legiferante, a executiva e a jurisdicional.

A legislativa sempre foi e ainda é de cunho eminentemente político, transladada a partir de um sistema de representação fundado (em especial, nos Estados Democráticos) na vontade geral do povo, através do sufrágio universal. Como exemplo, assim pontua o pensador iluminista supramencionado, com relação ao poder legislativo:

Num Estado livre, todo o homem reputado **tem** alma livre, deve ser governado por si mesmo. Por isso precisaria que o Povo, no seu todo, tivesse o Poder Legislativo. Como, porém isso é impossível nos Estados grandes e está sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, precisa que o Povo faça, por seus representantes, tudo o que não pode fazer por si¹⁰⁹.

Nos Estados Pós-Modernos, de natureza republicana, o poder executivo também é configurado a partir de uma relação política (escolha popular), mediante um sistema presidencialista ou parlamentarista. O mesmo não acontece, em regra, com a função jurisdicional. Ao contrário do que ocorre com as demais divisões de atividades do Estado, o exercício jurisdicional é preenchido, geralmente, por um corpo de pessoas, arregimentado na sociedade mediante critérios não políticos, mas fundamentalmente técnicos.

O problema central está em compreender como é que se admite a prerrogativa deste corpo técnico, dentro de um Estado Democrático de Direito, em contrariar os anseios dos representantes do povo (Legislativo), com o argumento de que se está defendendo a supremacia do Texto Constitucional. Se de um lado, o Estado Democrático equivale à soberania do povo ou à regra da maioria, do outro, o Estado de Direito traduz-se na juridicização do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais¹¹⁰.

Como se sabe, o Estado de Direito (*rule of law*, *Rechtsstaat*) consagra-se como sendo o da limitação do poder político através do império do Direito, cuja norma maior é a Constituição (Estado de Direito Constitucional). O Estado de Direito é aquele que está sujeito ao direito, atua através do direito e positiva normas jurídicas pela idéia do direito. É o modelo que consolida o princípio de que o Estado é indissociável aos direitos fundamentais; que garante a proibição do

¹⁰⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 169.

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

excesso (proporcionalidade); que consolida o princípio da legalidade da Administração; que proporciona a segurança e a liberdade.

A hodierna concepção de Estado de Direito decorre dos seguintes matizes históricos:

(1) a Inglaterra – que a partir do século XII sedimentou, com o *rule of law*, o devido processo legal, a primazia da lei e dos costumes sobre a vontade dos monarcas, a submissão dos atos de poder ao Parlamento, o princípio da equidade no acesso aos Tribunais;

(2) a França – que, após a Revolução Francesa, reforça a divisão dos poderes e os direitos fundamentais;

(3) os Estados Unidos da América – fortalecem a idéia do povo como titular do poder constituinte (*We the people*), bem como o próprio controle de constitucionalidade; e, por fim,

(4) a Alemanha – através da sua concepção do *Rechtsstaat*, consagra a autodeterminação da pessoa, na medida em que o Estado passa a ser o guardião da liberdade e da autonomia individuais.

Entretanto, como observa DALLARI¹¹¹, o governo legal pode ocultar um governo arbitrário, substituindo a expressão “*the rule of law*” pela “*the law of the ruler*”. Por isso, faltava ao Estado de Direito definir como é que se daria a legitimação do poder. Ora, a questão não mais residia em como consolidar a limitação do poder político, mas a quem e como se daria a titularidade e o exercício do poder.

¹¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha (Coords). *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 180.

A carência de aprofundamento do estudo da legitimação do poder no Estado de Direito dá azo à formação de Estados Totalitários, Autoritários e Autocráticos que, sob a alcunha do império do Direito, restringem a participação do povo no exercício do poder político.

De um lado, os defensores do Estado do Direito (distanciamento perante o Estado) e, de outro, os democratas (exercício democrático do poder). Aqueles lutavam pela tese de que o homem civil precede o homem político e que o burguês está antes do cidadão; estes, obviamente, defendem o contrário: Império do Direito em contraposição à vontade do povo e vice-versa.

O que é, outrora, um exemplo de antagonismo no campo da concepção estatal, torna-se, na verdade, duas formas de visualizar a liberdade. A democracia vê as liberdades positivas e o Estado de Direito focaliza as negativas. Vislumbra-se, portanto, que essas duas idéias podem e devem conviver condignamente, visto que o elemento democrático para o Estado de Direito não somente contribui para evitar as arbitrariedades, mas principalmente para dar legitimação ao poder. O reinado do Direito justifica-se, assim, na vontade popular soberana.

Entretanto, não se pode fugir, como dito alhures, da constatação de que entre a concepção do Estado de Direito (criador do princípio da supremacia da constituição e, portanto, base argumentativa para a jurisdição constitucional) e o Estado Democrático podem ser detectados, de forma eventual, alguns pontos de tensão.

Enfocando sob outro prisma, indaga-se: como a lei é a expressão da vontade geral do povo e esta não pode ser sobrepujada, é possível admitir que um corpo judicial detenha poderes para subjugar as maiorias parlamentares?

Para responder a esse questionamento, mister se faz excursionar pela experiência americana, porquanto a visão da guarda da Constituição nas mãos do Judiciário surge, de forma

embrionária, por meio do denominado *judicial review*¹¹², sem olvidar do fato de que sua consolidação deu-se, tão somente, no início do século XX, com a difusão das teorias positivistas, cujo expoente é o modelo austríaco de controle judicial de constitucionalidade.

Antes da prática americana, o formato do controle de constitucionalidade era eminentemente político. Era, assim, exercido pelo próprio Poder Legislativo. Registre-se que, ainda do século XVIII, principalmente na França, persistia uma situação de extrema antipatia aos juízes, posto que, para os revolucionários, aqueles teriam sido os maiores contribuintes para a perpetuação do Antigo Regime.

No modelo político francês, o controle de constitucionalidade era prévio, e ainda o é, à criação da lei ou do ato normativo. O Parlamento aferia (atualmente o chamado Conselho Constitucional) a conformidade ou não do projeto de lei; se acaso não se constatasse qualquer incoerência, o projeto transformava-se em texto legal válido e ponto final.

Deste modo, quando a lei era criada, não se falava em presunção de constitucionalidade. Ela, pelo contrário, era plenamente constitucional, pois a fiscalização da compatibilidade com a Carta Política já havia sido previamente realizada¹¹³.

¹¹² Somente a título de registro histórico, a doutrina americana da primeira metade do século XX ainda discutia se os autores da Constituição Federal teriam apresentado a intenção de outorgar à Suprema Corte o direito de analisar a constitucionalidade de atos normativos emanados pelo Congresso, diferentemente do entendimento do *chief* Marshall, no célebre caso “*Malbury v. Madison*”. Algumas personalidades, como é o caso do magistrado Walter CLARK, presidente da Corte de Justiça do Estado da Carolina do Norte, afirmava categoricamente que não era essa a vontade dos constituintes; isto porque uma proposta de tal outorga, segundo ele, fora apresentada à Convenção (Assembléia Constituinte americana), porém foi rejeitada. tal informação, todavia é veementemente refutada por BEARD, no instante em que afirma que nunca houve, durante a Convenção Constituinte de 1787, qualquer proposição tendente a submeter à votação, o controle jurisdicional de constitucionalidade. Não houve, portanto, qualquer posicionamento – favorável ou contrário – sobre a jurisdição constitucional, na Convenção Constituinte de 1787. Esse autor vai mais além: afirma que, dentre os 25 membros dominantes da Convenção (a composição era de 55 membros, mas se registra que praticamente 1/3 dela não participou), 17 declararam-se, na época, tendentes ao controle do Judiciário. (BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 46 passim.).

¹¹³ O atual Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Joaquim Barbosa, aponta para dois momentos da história do controle de constitucionalidade francês nos quais determinadas leis já promulgadas foram objetos de apreciação posterior: uma em 1985 e a outra em 1999; nessas duas decisões o Conselho Constitucional permitiu o reexame de uma lei já promulgada, porquanto houvera o controle que outra lei posterior que a modifica. In:

Como se pode ver, no sistema político de constitucionalidade, seja ele preventivo (como é o caso da França) ou repressivo (como ocorre na Inglaterra), a prerrogativa de analisar a coerência do texto legal para com a Constituição fica a cargo daquele que também detém o poder de elaborar a mencionada lei. Em outras palavras, com algumas peculiaridades, quem detém a legitimidade para elaborar as leis é o mesmo que possui a prerrogativa de afirmar que aquelas não são compatíveis com a *Lex Fundamentalis*.

Como dito alhures, sem adentrar na análise do sistema do *judicial review*, objeto de futura discussão, o fato curioso é que o modelo francês perde, aos poucos, espaço para o método norte-americano de aferição e, mais tarde, também para o método jurisdicional concentrado de lavra kelseniana.

Permita-se aqui um pequeno parêntese. Muito embora o choque mais evidente, quando se discute sobre controle de constitucionalidade, seja com o legislativo, a idéia do *judicial review* também foi contraposta à idéia de que seria o Executivo, na figura de seu chefe maior (o Presidente), seria aquele dotado de legitimidade para exercê-lo.

Somente a título de registro, não se pode olvidar o embate tão conhecido dos constitucionalistas entre SCHMITT e KELSEN, consolidado em pleno período entre guerras, sob os auspícios da Constituição de *Weimar*.

Naquela oportunidade, SCHMITT defendia que o controle de constitucionalidade não poderia ser jurisdicional, mas sim exercido pelo Presidente do *Reich* Alemão, porquanto, dentro de um regime de República Parlamentarista, aquela Constituição, no seu artigo 48, conferia poderes excepcionais para o Chefe de Estado, dentre as quais a Defesa da Constituição.

Na visão de SCHMITT o Presidente assume no regime então vigente na Alemanha a função de poder neutral, assim referendado pela vontade popular que o elegeu¹¹⁴.

A posição do mencionado autor está intimamente ligado ao fenômeno do Estado Total (o Estado tudo pode, posto que absorve para si todos os núcleos de poder social), o que se contrapõe ao conceito de pluralismo político que domina, desde então, todas as democracias ocidentais.

As implicações dessa teoria no cotidiano do povo alemão foram utilizadas, infelizmente, como combustível para a consolidação do Estado Nazista, o que, por si só, já servem de elementos empíricos suficientemente claros para se concluir por sua inadequação.

Volvendo-se ao estudo do controle de constitucionalidade e as dúvidas entre conferi-la ao Judiciário ou ao Parlamento, KELSEN¹¹⁵ sustenta que não é conveniente permitir que o legislativo absorva a função de protetor da Constituição. Isto porque ele é considerado um criador livre do direito e não um aplicador. Ademais, também é ingenuidade política esperar que o próprio legislativo anule uma lei votada por si próprio.

HAMILTON¹¹⁶ defende esse posicionamento desde 1787, no instante em que deposita uma série de dúvidas quanto ao poder de auto-contenção do Poder Legislativo.

No número 78 de *O Federalista*, o autor já supõe mais adequada a interpretação de que a Constituição pretende colocar os tribunais judiciários entre o povo e o legislador e, como consequência, exercer o juízo da compatibilidade de seus atos à Carta Magna. Assim, essa função (o controle de constitucionalidade) é atribuída àquele, dentre os três poderes, que for o mais frágil, o que, no terreno das probabilidades, tem as menores chances de se tornar um organismo de decisões arbitrárias.

¹¹⁴ MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. *Justitia*. São Paulo: ano 63, vol. 193, jan/mar. 2001, p. 82.

¹¹⁵ KELSEN, Hans. A garantia constitucional da Constituição. *Sub Judice* – Justiça e Sociedade. jan.-jun. 2001. n. 20/21. Coimbra. p. 19.

¹¹⁶ HAMILTON, Alexander. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p 459.

Nas lições de CAPPELLETTI¹¹⁷, a jurisdição constitucional emerge como um mecanismo de defesa da corrupção que, muitas vezes, macula os ideais majoritários e democráticos do Parlamento e do próprio Executivo. A jurisdição constitucional funciona, então, como uma ferramenta de contenção das posições casuísticas e oportunistas dos demais poderes do Estado.

Recentemente, por exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral julgou inaplicável para as eleições majoritárias de 2006, os efeitos da Proposta de Emenda Constitucional nº 04/2002 (aprovada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal em fevereiro de 2006 e ainda pendente de promulgação), cujo objetivo era exterminar a regra a verticalização¹¹⁸. Acaso não houvesse a intervenção do Tribunal Superior Eleitoral, os interesses casuístas do Poder Executivo e Legislativo ultrapassariam alguns primados constitucionais, em especial o caráter nacional dos partidos políticos (art. 17, inciso I, da CF) e a regra da anualidade, prevista no art. 16¹¹⁹, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Retornando-se ao foco central, percebe-se nitidamente que Kelsen se preocupa, na concepção do Tribunal Constitucional, em proceder a juridicização da análise da constitucionalidade das leis, alçando a Constituição ao patamar de norma jurídica de valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores (*norma normarum*).

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. *Revista Forense*, vol. 366. Rio de Janeiro: Forense, março-abril de 2003. p. 147.

¹¹⁸ A regra da verticalização, segundo o Direito Eleitoral brasileiro, consiste-se na vinculação das coligações para as eleições dos governos estaduais às alianças para a Presidência da República, norma que vigorou nas eleições gerais de 2002 e que, com a decisão do TSE de 03 de março de 2006, valerá para as eleições brasileiras gerais de outubro de 2006. A decisão foi tomada, mediante sessão administrativa extraordinária, em resposta à consulta formulada pelo Partido Social Liberal (PSL) sobre a possibilidade dos partidos políticos estabelecerem livremente coligações nas eleições estaduais sem respeitar as alianças partidárias feitas para a eleição presidencial de 2006. Vide: FREITAS, Silvana de. TSE mantém restrição sobre alianças; Câmara vai recorrer. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 4 de março de 2006. Brasil, p. A.4.

¹¹⁹ Art. 16 – A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência.

Dotando a Constituição de um caráter, como dito alhures, não somente político, mas também normativo (científico), KELSEN abre espaço para se aceitar a formação de um corpo de julgadores com especial conhecimento técnico e jurídico para enfrentar os problemas das antinomias verticais, sem deixar de lado a necessária sensibilidade política apurada, característica não encontrada, na visão do autor, nos juízes ordinários¹²⁰.

Todavia, o ponto peculiar, na visão de KELSEN, é, na sua concepção de um Tribunal Constitucional, em não aceitar que este tenha uma natureza jurisdicional. Na posição do mencionado teórico, aquele quando exerce o seu mister, atua, não como um julgador (no puro sentido da palavra), mas como um legislador negativo, posto que suas decisões gerarão a anulação (revogação) do ato legislativo considerado inconstitucional.

Sobre esse posicionamento, esclarece MIGUEL que:

En efecto, es plenamente significativo en este aspecto que en su famoso artículo de 1928 en defensa de una garantía jurisdiccional de la Constitución, Kelsen negara un tanto paradójicamente que un Tribunal Constitucional al modo austriaco, ejerciera verdaderamente una función jurisdiccional. Y lo negó como resultado de la convergencia de dos ideas: de un lado, su caracterización de la diferencia de tal función respecto de la legislativa ante todo en que ésta crea normas generales, mientras que aquélla sólo crea normas individuales y, de otro lado, su visión del control de constitucionalidad efectivo como anulación de normas; la suma de ambas ideas, por citar su conclusión literalmente, daba por resultado que ‘anular una ley es dictar una norma general [...no siendo] por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa’¹²¹.

A teorização do controle de constitucionalidade concentrado como uma função legislativa negativa apresenta uma alternativa lógico-sistêmica para a inserção da jurisdição constitucional

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

¹²¹ MIGUEL, Alfonso Ruiz. Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional. *Revista Doxa*. n. 23, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. p. 148. Trad.: “Como efeito, é plenamente significativo neste aspecto que no seu famoso artigo de 1928, na defesa de uma garantia jurisdicional da Constitucional, KELSEN negara, um tanto quanto paradoxalmente, que um Tribunal Constitucional sob o modelo austríaco, exerça verdadeiramente uma função jurisdicional. E o negou como resultado da convergência de duas idéias: de um lado, sua caracterização da diferença de tal função em relação à legislativa, porquanto esta cria normas gerais, enquanto que aquela somente cria normas individuais e, de outro lado, sua visão do controle de constitucionalidade efetivo como o de anulação de normas, a soma de ambas as idéias, para citar sua conclusão literalmente, tem por resultado que ‘anular uma lei é ditar uma norma geral [...no sendo] por assim dizer, senão a produção de um sentido negativo e, portanto, uma função legislativa”.

dentro do esquema da separação de poderes, mas não enfrenta a verdadeira problemática detectada: a legitimidade da jurisdição constitucional.

O fato de considerar as decisões do Tribunal Constitucional uma atuação legislativa (positiva ou negativa), não garante, isoladamente, a base de legitimação dessa nova atividade.

Sabe-se que os chamados Tribunais Constitucionais adquirem prerrogativas de realizar, de forma vinculativa e abstrata, o controle de constitucionalidade. Neste sentido, passam a concorrer com o legislador, considerado, até então, o único democraticamente legitimado.

Ora, o legislador positivo é ungido através da vontade popular e, como tal, exerce o poder que lhe é atribuído com o respaldo de todos os indivíduos que o impulsionam para essa posição. Ao contrário, o suposto legislador negativo não é escolhido pelo povo, mas sim por outros agentes públicos. A intervenção da vontade popular não é direta, mas realizada por intermédio de outros atores sociais que, comprometidos ou não com os anseios da comunidade, fazem às vezes do próprio povo.

Poder-se-ia dizer que a tão aclamada legitimidade democrática é concedida, no modelo de controle concentrado da constitucionalidade, de forma indireta, posto que os membros de um Tribunal Constitucional são escolhidos por aqueles que foram diretamente eleitos por meio do sufrágio universal.

Contudo, não se trata de uma fundamentação realmente científica que garanta ao controle jurisdicional de constitucionalidade a legitimação que se deseja alcançar neste trabalho. Trata-se de uma visão frágil porque não considera que, muitas vezes, as indicações para a composição das Cortes Constitucionais decorrem da influência de grupos de pressão ou sectários. Apresentando-se totalmente distante do consenso da maioria, não se consagra, assim, a visão democrática que se deseja objetivar.

Além disso, crê-se que não é correto se falar que o controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais traduza uma função legislativa negativa. Se assim o for, àquelas seriam conferidas a prerrogativa da criação do Direito, discricionariedade esta que o próprio KELSEN¹²² entende que não lhes seria afeita, dada a sua atividade ser vinculada (subordinada) à Constituição. Cabe, portanto, enfrentar a celeuma da legitimidade da jurisdição constitucional.

Apresenta MORO¹²³ algumas opções teóricas do tema. Em primeiro lugar, informa da possibilidade de se utilizar o controle jurisdicional de constitucionalidade sem que isso seja, necessariamente, uma via democrática. Uma Constituição, por exemplo, eminentemente liberal-burguesa, pode possuir instrumentos jurisdicionais de garantia dos direitos à liberdade e propriedade, fundamentando seu poder de fiscalização das leis na defesa daqueles direitos, e não nos ideais democráticos.

Crê-se, contudo, que tal concepção está, em tempos atuais, ultrapassada, a partir de uma visão do pós-guerra (1945), cujo objetivo torna-se legitimar a jurisdição constitucional mediante o próprio caráter democrático da Constituição. Nesse raciocínio, o Judiciário não é superior ao Legislativo, tampouco o contrário. Ambos, contudo, estão subordinados à vontade do povo.

O momento constituinte – instante de “criação” da comunidade política – traduz-se em uma participação mais mobilizada dos cidadãos como agentes políticos. Isso confere ao Texto Constitucional o sustentáculo para afirmar que se trata da efetiva vontade do povo. A Constituição é, portanto, obra e graça da verdadeira e sólida vontade da comunidade. Em

¹²²KELSEN, Hans. A garantia constitucional da Constituição. *Sub Judice* – Justiça e Sociedade. Op. cit., p. 19. [nota 115]

¹²³MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 121 et seq.

contrapartida, o legislador ordinário exerce mera função delegada do povo, sendo-lhe defeso modificar ou atacar a *Lex Fundamentalis*.

A contraposição, afirma MORO, da norma constitucional e da norma ordinária não é apenas da diferença entre a maioria exigida para aprovação de uma ou outra (elemento quantitativo), mas do fato de que as disposições constitucionais são, ao contrário das ordinárias, frutos de uma maioria mobilizada (dotada do elemento qualitativo). Assim, iniciando a discussão do problema, fácil detectar que a premissa maior é a de que a legitimidade da jurisdição constitucional é, antes de tudo, a da legitimidade da própria Constituição¹²⁴.

Durante a vigência dos regimes totalitários da primeira metade do século XX, compreende-se que a vontade da maioria deve prevalecer. Porém, vê-se, posteriormente, que a Constituição pode ser um instrumento de contenção das distorções, a ponto de servir como parâmetro para que a vontade geral prevaleça, e não a da maioria situacional, a partir da consagração dos princípios e direitos fundamentais anotados na ordem jurídica através da *lex fundamentalis*.

Mas o problema da legitimidade em si não é resolvido apenas com a constatação de que a democracia é o cerne da legitimação da jurisdição constitucional. Essa conclusão não é suficiente para outorgar ao Poder Judiciário o condão de dizer o que é ou o que não é constitucional.

Existem também aqueles que defendem que a prevalência da função jurisdicional frente às demais nasce da constatação de que a Constituição e o povo assim a desejam e também porque

¹²⁴ VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p 86.

os juízes são mais qualificados do que o legislativo e o executivo, dadas as suas características de independência e de especialização¹²⁵.

Contudo, essa posição parte de uma idéia equivocada, discriminatória e reacionária, de que somente os membros do Poder Judiciário estão capacitados para compreender todos os contornos do Texto Constitucional. O regime democrático não é compatível com a tecnocracia, pois esta sufoca a possibilidade do autogoverno. Logo, torna-se fracassada a alternativa de justificar que o controle de constitucionalidade está nas mãos do Judiciário porque os juízes seriam, ao interpretar a Constituição, superiores a quaisquer outros cidadãos.

Lembre-se, igualmente, que a visão da preponderância do “governo dos juízes” é veementemente atacada pelos denominados “originalistas”, posto que defendem uma atuação daqueles sempre vinculada ao texto e à história da Constituição, vedando-lhes a função de criação de novos direitos¹²⁶.

Outro argumento que talvez propicie a conciliação entre a idéia da divisão das funções do Estado e o controle jurisdicional da constitucionalidade é o da teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), muito embora não se olvide da vindoura contribuição de KELSEN.

Na tese do *checks and balances*, o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário funciona como um instrumento de limitação do poder político do Parlamento.

A Constituição é uma invenção humana com o objetivo de limitação do poder político e, porque não, do princípio da maioria, assim traduzido pelo Parlamento. A Carta Política, como é

¹²⁵BRITO, José Sousa e. Jurisdição Constitucional e princípio democrático. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p 47

¹²⁶JARDIM-ROCHA JÚNIOR, José. Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 151, jul/set. 2001. p. 267.

assim chamada, organiza, regula e limita o exercício do poder político. Segundo MOREIRA¹²⁷, quanto mais Constituição, maior a limitação.

A experiência do século XX traz um notório e crescente alargamento do âmbito espacial constitucional. Isto restringe, paulatinamente, a atuação do legislador ordinário, pois àquele está vinculado e, conseqüentemente, sujeito à fiscalização pelo Judiciário.

Entretanto, lembre-se que as supostas arbitrariedades do Parlamento – freadas com o deslocamento da competência do controle de constitucionalidade para o Judiciário – não são totalmente (pelo menos em tese) eliminadas da comunidade. O próprio órgão jurisdicional pode ser contaminado pela doença do excesso de poder, o que poderia novamente molestar o princípio democrático (pautado no exercício da vontade da maioria).

ZAGREBELSKY¹²⁸ aponta que a suposta onipotência das cortes constitucionais, traduzida muitas vezes da idéia de ausência de limites, é paradoxalmente compreendida, de outra forma, na percepção de uma visível fragilidade. Segundo o seu raciocínio, a Corte Constitucional é enfraquecida, porquanto suas decisões não podem ser contestadas, na sua maioria, pela lei, colocando-a, muitas vezes, no centro de uma contínua e corrosiva política de censura de seus julgados, a partir de acusações de arbitrariedade e abuso de poder – contribuições negativas que culminam na destruição paulatina de sua autoridade e credibilidade¹²⁹.

SAMPAIO¹³⁰ também contribui ao apresentar outros argumentos para justificar o papel da jurisdição constitucional. Dentre eles, estão a necessidade de reequilibrar os poderes

¹²⁷MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p 181.

¹²⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an italian point of view. *Internacional Journal of Constitucional Law*. v. 1, n. 4, oct. 2003. NYU Law School, US. p.646.

¹²⁹ Diz o autor: "Unlike ordinary courts, wich can be weakened inasmuch as their decisions cannot be challenged at the level of law. Because of this, constitutional courts are exposed to a continuous, corrosive policy of criticism that undermines their authority by accusing them of arbitrary misuse of power". *Ibid.*, p. 647.

¹³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 61. Outros argumentos seriam: a posição privilegiada do juiz constitucional, a argumentação como

constitucionais no *welfare state*; de compensar o déficit de legitimidade da prática política, por meio inclusive do reexame das razões do legislador; o entrelaçamento entre maioria parlamentar e competência dos tribunais, para além do seu controle pelo legislativo; o respeito das regras do jogo democrático; e a promoção dos direitos fundamentais.

Verifica-se que todos eles se inter-relacionam com os limites do legislador.

Se a criação da jurisdição constitucional tem seu fundamento na limitação do Parlamento aos anseios da vontade geral, traduzidas no Texto Constitucional, far-se-á necessário que os juízes e tribunais, no exercício do controle de constitucionalidade, não se voltem contra os ideais democráticos, sob pena dos próprios ferirem a Constituição e os desejos maiores da comunidade, posto que naqueles é que encontrarão sua fonte de legitimação.

Em outras palavras, como a jurisdição constitucional é elaborada para limitar o poder de criação do legislativo, aos juízes e tribunais, na concretização de tal controle, devem também ser impostos limites.

Do contrário, edificar-se-ia um poder não alicerçado pelas pilastras do Estado Democrático de Direito.

Esse novo papel é fundamental para se consolidar o entendimento de que a função jurisdicional exerce uma atividade de co-participação da constituição da ordem jurídica. Torna-se uma fonte política, porém não pode concorrer com o legislativo, mas cooperar.

legitimidade, a legitimidade extraída do *status quo* e dos efeitos produzidos pelas decisões e as justificativas deontológicas e dogmáticas.

3.3 PROCEDIMENTALISMO, SUBSTANCIALISMO E FUNCIONALISMO: QUAL O CAMINHO PARA A DEFINIÇÃO DE UM CAMPO DE ATUAÇÃO LEGÍTIMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?

Aqui, não mais se discute a existência e necessidade da jurisdição constitucional. Isso é fato superado cientificamente¹³¹.

Crê-se, assim, que a discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional resume-se em estudar seus limites de atuação, a fim de apresentar soluções, mais precisamente, para o verdadeiro conflito entre a função fiscalizadora que exerce a jurisdição constitucional e a função do legislador.

Parte-se, aqui, de duas premissas: a primeira, a de que o Estado Constitucional contemporâneo não sobrevive mais sob o arquétipo do formalismo positivista-liberal de outrora; e, a segunda, a de que não se tem como admitir a total discricionariedade jurisdicional no campo do controle da constitucionalidade, o que feriria os principais atores democráticos da comunidade.

Se a idéia resume-se em coadunar a jurisdição constitucional ao modelo ocidental de Estado Democrático de Direito, conclui-se que o ponto nevrálgico se cingirá, assim, na atuação dos juízes e tribunais constitucionais em contraposição ao princípio da maioria (cerne do conceito moderno de democracia).

Para fins de compreensão do seu verdadeiro papel, deve-se enfrentar, inicialmente, a dúvida quanto à aceitabilidade da jurisdição constitucional transfigurada em uma interpretação judicial criadora.

¹³¹ Sobre o tema, indica-se: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 425-477 e CANOTILHO, J. J Gomes. *Jurisdição Constitucional e intransquilidade discursiva*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. pp. 871-887.

Dia a dia, as Cortes Constitucionais dos diversos países enfrentam, em um exercício muitas vezes de flagelação reflexiva, a questão de sua atuação frente às prerrogativas do Parlamento.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro atualmente defronta-se, por exemplo, com a discussão da possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Sabe-se que o Direito brasileiro enquadra o aborto como crime, mas apresenta duas exceções: no caso de estupro e no de risco de vida à mãe, permissões infraconstitucionais contidas no art. 128 do Código Penal (lei criada antes da Constituição de 1988, porém ainda vigente).

Mediante a provocação da Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde, através de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 54 – e , o Supremo Tribunal Federal debruça-se na análise da incidência sobre o Código Penal brasileiro de uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, a ponto de propiciar a inserção da excludente de responsabilidade criminal sobre as situações de interrupção da gravidez por anencefalia fetal.

Na sessão de 27 de abril de 2005, o Supremo Tribunal Federal, através de uma pequena maioria (7 a 4), enfrenta uma questão de ordem sobre a inadequação da via processual eleita (ADPF), suscitada pelo Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, e determina o prosseguimento da demanda¹³².

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n° 54/2004. Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde. Órgão Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação no Diário da Justiça da União n° 84, em 04 de maio de 2005, Ata n° 11. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=54&TIP_JULGAME NTO=OO&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUM_MATERIA=11&MATERIA=3&BRS=&TITULO=
%20DJ%20Nr.%2084%20%2004/05/2005%20%20Ata%20Nr.%2011%20%20RELAÇÃO%20DE %20PROCESSOS

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=54&TIP_JULGAME NTO=OO&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUM_MATERIA=11&MATERIA=3&BRS=&TITULO=
%20DJ%20Nr.%2084%20%2004/05/2005%20%20Ata%20Nr.%2011%20%20RELAÇÃO%20DE %20PROCESSOS

). Acesso em: 03 de março de 2006.

Nos votos contrários ao prosseguimento da ação, detecta-se como o problema da limitação do controle jurisdicional de constitucionalidade é algo que aflige os juízes constitucionais, a saber:

- (1) o Ministro Eros Roberto Grau aponta, por exemplo, do risco de, no mencionado julgamento, o Supremo Tribunal Federal funcionar como legislador positivo;
- (2) esse também é o mote do voto do Ministro César Peluso, oportunidade na qual consigna que o foro adequado para a questão; segundo ele, é o Legislativo, porquanto deve aquela casa legislativa o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais daqueles podem ser considerados diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas;
- (3) tônica, de igual modo, trazida pela Ministra Ellen Gracie, no instante em que defende que, da forma como é requerida na supracitada ADPF, intervenção da Suprema Corte brasileira é traduzida como uma atuação antidemocrática;
- (4) e, por fim, no voto do Ministro Carlos Veloso, questiona-se como interpretar conforme a Constituição se não existe lei infraconstitucional, segundo ele, para ser interpretada.

Muito embora penda de julgamento o mérito dessa questão, forçoso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal divide-se praticamente sobre os limites de sua atuação. Porém, não olvidando da qualidade dos juízes que compõem nossa Corte Constitucional, o fato é que não é possível, do ponto de vista científico, aceitar que os próprios juízes e tribunais constitucionais determinem quais os seus limites de suas participações no cenário estatal.

Sabe-se que, durante muito tempo, na história do constitucionalismo-positivista, o reconhecimento de um *self restraint* exigiu do Judiciário a abdicação da apreciação de algumas matérias, como as questões políticas e os atos *interna corporis* – assuntos, nessa linha, proibidos à Jurisdição Constitucional.

Com as transformações do constitucionalismo pós-moderno, surge nas Cortes Constitucionais européias, em contrapartida, a denominada “Jurisprudência de Valores”, a partir da qual se admite um controle da constitucionalidade sustentado na tentativa de um discurso racional, tendo como pontos centrais o princípio da proporcionalidade e, em um grau superior, a dignidade da pessoa humana (como princípio estruturante).

Porém, a liberdade de interpretação conferida às Cortes Constitucionais com a “jurisprudência de valores” passa a ser alvo de críticas, a partir do início da década de 1980, sendo as principais delas: (a) desfiguração do princípio da separação dos poderes; (b) restrição da supremacia constitucional, pela suposta mutação dos Tribunais Constitucionais em Assembléias Constituintes; (c) deturpação dos direitos fundamentais e do princípio da unidade normativa da Constituição; (d) politização do Judiciário, por meio de decisões utilitárias de custo/benefício sociais; (e) irracionalidade metodológica; (f) e, por fim, a preponderância do arbítrio e das preferências pessoais nas fundamentações das decisões das Cortes Constitucionais¹³³.

A dificuldade em se admitir a denominada “jurisprudência de valores” resume-se na alta discricionariedade que é facultada aos Tribunais Constitucionais, na medida em que lhes permite concretizar uma decisão modificadora, em muitos casos, do conteúdo do texto constitucional – sob a justificativa de adequar o julgamento aos valores da Constituição.

¹³³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 195.

HESSE¹³⁴ cita, por exemplo, a decisão do Tribunal Constitucional alemão que, na sentença – *KEHL*, interpreta o art. 52 e 59 da Lei Fundamental da Alemanha, a ponto de desvirtuar o seu texto, equiparando aos “Estados estrangeiros” os “sujeitos semelhantes ao Estado do Direito Internacional Público”.

Naquela oportunidade, o *Budensverfassungsgericht*¹³⁵ distancia-se da correta interpretação da Constituição no instante em que hiper-dimensiona os interesses políticos e sociológicos, visando, tão somente, um resultado prático compatível com as conjunturas de governo (razões de Estado).

Outro autor, MAUS¹³⁶, aponta que, em tais situações, o Tribunal Constitucional Federal alemão rejeita a vontade popular democrática e, como consequência, avoca-se da prerrogativa de criação de um direito paralelo ao Parlamento.

A recente história constitucional brasileira é, igualmente, exemplificativa.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro demonstra que também está susceptível a influência da jurisprudência dos valores.

Instado a se pronunciar sobre a incidência de contribuição previdenciária dos inativos, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3105¹³⁷, os Ministros do STF, por maioria, permitem que a cobrança englobe os aposentados e pensionistas ingressos nos quadros da Previdência Social antes da Emenda Constitucional nº 41/2003, instrumento normativo reformador que criou tal tributo.

¹³⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 59.

¹³⁵ Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

¹³⁶ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000. p. 194.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105/DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 18/08/2004. Publicado em 18/02/2005. DJ - Seção 4, volume 02180-02, página 00123.

Baseando-se na hipotética obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como nos supostos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação do custeio e diversidade da base de financiamento, o STF simplesmente “*relativiza*” o conceito de direito adquirido dos aposentados e inativos (o que se apresenta como um péssimo precedente para vindouros casos similares), tudo no afã de encontrar uma resposta prática e rápida à necessidade de aumento da base de custeio da deficitária Previdência Social brasileira.

Pode-se concluir, em suma, que se de um lado há uma retração do atuar dos juízes e tribunais constitucionais, do outro existe uma tentativa de dotar-lhes de mais poder, garantindo-lhes uma situação de engajamento, a ponto de servirem como instrumento de transformação social.

Sobre esse tema, STRECK apresenta uma diferenciação entre as duas principais correntes doutrinárias. Explica que a referida divisão de pensamento se traduz entre o procedimentalismo e o substancialismo¹³⁸. Dentro do procedimentalismo, o filósofo HABERMAS é apontado como uma das principais expressões, ao lado de outros autores como é o caso de GARAPON e ELY.

Para compreender a visão de HABERMAS sobre o tema, importante se faz partir da premissa de que o autor tem nas idéias DWORKIN¹³⁹ seu norte, a fim de construir, segundo ele, uma jurisdição constitucional cujas decisões não de ser pautadas pelos critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional¹⁴⁰. O filósofo alemão entende que não cabe ao Direito e, portanto, à jurisdição constitucional, interferir no campo da política, matéria essa que é afeita ao legislador.

¹³⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 147.

¹³⁹ Pode-se dizer que Ronald Dworkin foi um dos pensadores que enfrentou com maior profundidade o problema da legitimidade da jurisdição constitucional.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre a facticidade e validade – v. 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 297.

Para o autor, o juiz constitucional não pode dotar-se da função de crítico da ideologia, posto que, se assim o for, também se posiciona ideologicamente, perdendo, assim, a neutralidade necessária no seu papel de mediador entre o “ideal” e a “realidade”¹⁴¹. Dessa maneira, critica a denominada jurisprudência de valores.

Esse é o mesmo posicionamento de ELY¹⁴², cuja censura volta-se àqueles que defendem uma compreensão paternalista do controle jurisdicional de constitucionalidade, segundo a qual essa prerrogativa ativista nasceria a partir da suposta irracionalidade do legislador – dependente das lutas de poder e de votações emocionais da maioria – o que não aconteceria com os juízes – hipoteticamente mais imparciais e técnicos.

Com relação à tarefa do controle abstrato de normas, MICHELMAN¹⁴³ parte do ponto, do mesmo modo que ELY, segundo o qual o tribunal constitucional, ao sobrevir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo.

E, nesse processo, ele só pode recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo (defesa da democracia efetivamente deliberativa) – como origem de todas as normas – no quadro de uma compreensão procedimental da constituição. Ao Tribunal Constitucional, conclui HABERMAS, devem ser afastadas as pressões permanentes que lhe são endereçadas na suposta função de um regente (o que é seu mister), garantindo-lhe apenas as prerrogativas de um tutor, dentro desse panorama pós-moderno de uma democracia participativa fundada numa pluralidade de intérpretes da Constituição.

¹⁴¹ Ibid., p. 343.

¹⁴² Ibid., p. 329.

¹⁴³ MICHELMAN apud HABERMAS, Ibid., p. 330.

ELY¹⁴⁴ ainda defende, discorrendo sobre o tema, como ultrapassadas as teorias “interpretativas” e “não interpretativas” da jurisdição constitucional. A primeira, porque coloca o juiz constitucional na função de mero intérprete literal da Constituição, prevalecendo, tão somente, a vontade dos “Fundadores”. A segunda, porque confere abertura demais ao juiz constitucional, dotando-o de um poder transformador e evolucionista, ultrapassando, inclusive, a existência de direitos não enumerados.

Para o mencionado autor - crê-se que aí há o fechamento da compreensão da legitimação pelo procedimento – a jurisdição constitucional teria legitimidade, dentro de uma visão democrática, ao eliminar restrições às liberdades básicas, como é o caso da de expressão, reunião e acesso à informação, pois só assim será a própria democracia respeitada. Além disso, o fator democrático, como elemento justificador, também acompanharia a jurisdição constitucional quando houvesse a discussão de leis ou atos voltados à política pública dirigida ao sofrimento, hostilidade ou preconceito da minoria.

A compreensão do princípio democrático como elemento legitimador dá-se, nessa linha de raciocínio, por meio da legitimidade da minoria frente à da maioria¹⁴⁵ (criadora da lei inquinada como inconstitucional), posto que, nesse aspecto, as Cortes Constitucionais funcionam como guardiãs dos direitos fundamentais do vencidos.

A título exemplificativo dessa visão da jurisdição constitucional, cita-se recente julgamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro que, na defesa do princípio democrático, “interferiu” no cotidiano do Senado Federal e, ao conceder a ordem no Mandado de Segurança impetrado pelo Senador Pedro Simon, determina que a mesa daquela casa legislativa proceda a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, denominada “CPI dos Bingos”, requerida

¹⁴⁴ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 106 et seq.

¹⁴⁵ VILLALÓN, Pedro Cruz. Op. cit., p. 87. [nota 124]

para apurar certas irregularidades no governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva pela minoria opositora na Câmara Alta do Congresso Nacional¹⁴⁶.

Na análise perfunctória desse caso, vê-se que o STF norteia a sua atuação na defesa da minoria parlamentar que não obtivera da Mesa do Senado Federal, por força dos interesses da base governista majoritária, a instalação de uma CPI por ela requerida. Busca-se ali, portanto, restabelecer tão somente os regramentos básicos do sistema democrático.

Assim, a atuação da jurisdição constitucional, na orientação procedimentalista de ELY, restringe-se aos casos de falha do cotidiano da democracia. Resumidamente, a função da jurisdição constitucional é a de fiscalizar o processo democrático, e não os frutos substantivos dele conseqüentes¹⁴⁷. Em idêntico sentido, muito embora com diferente enfoque, a tese da pluralidade de intérpretes da Constituição de HESSE¹⁴⁸ aponta no sentido de uma necessária cautela dos Tribunais Constitucionais, posto que se deva levar em conta que a análise da atuação do legislador ordinário deve se cingir na aferição de sua legitimação democrática; em outras palavras, na verificação daquela produção legislativa sob a ótica do “consenso constitucional”, assim exprimido através da vontade da comunidade.

Decerto, ELY (nos idos da década de 80) é considerado moderado, em comparação com outros doutrinadores, como é o caso de BICKEL (em plena década de 60), quando o assunto é o enfrentamento da denominada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*) da

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 24.831-9/DF. Impetrante: Pedro Jorge Simon e outros. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Decisão por maioria. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22 de junho de 2005. Publicada em 29 de junho de 2005. DJ n° 123. Ata n° 09.

¹⁴⁷ MORO, S. F. Op. cit., p. 143.[nota 123]

¹⁴⁸ HESSE, Konrad. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 44.

jurisdição constitucional. BICKEL¹⁴⁹, por exemplo, aponta um evidente déficit democrático tamanho que duvida, inclusive, da própria eficácia da jurisdição constitucional.

Os mais radicais chegam até a defender que a Corte Constitucional não deve ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela soberania popular. Ainda mais quando aquela não remete, posteriormente, suas decisões à subordinação de qualquer tipo de controle democrático, salvo, com ressalvas, através de Emendas à Constituição¹⁵⁰. Ninguém controla quem comanda o poder.

A realidade constitucional brasileira apresenta alguns casos em que o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional determinado imposto, como é o caso do IPMF – posteriormente absorvido pelo Texto Constitucional mediante Emenda à Constituição, porém agora na modalidade de contribuição social (CPMF) – outra espécie de tributo. Constitui-se, dessa maneira, uma saída do Executivo e do Congresso Nacional para que sua vontade vigore sobre a decisão da Corte Constitucional, mas, na grande maioria das vezes, é a posição do Supremo Tribunal Federal que prevalece.

Nos Estados Unidos da América verificam-se, desde 1895, alternativas, como esta de suprimir a decisão da Suprema Corte mediante a reforma do próprio Texto Constitucional. Cita CORWIN¹⁵¹ a inserção da Emenda XVI à Constituição americana, fruto exclusivo de uma decisão da Suprema Corte, no caso *Pollock vs. Farmers, Loan & Trust. Co.*, daquela data, que

¹⁴⁹ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. New Haven/London: Yale University Press, 1986. p 23. No original: “It is that judicial review runs so fundamentally counter to democratic theory that in a society which in all other respects rests on that theory, judicial review cannot ultimately be effective”. Trad.: “O fato é que o *judicial review* segue em sentido fundamentalmente tão contrário ao da teoria democrática que, em uma sociedade em que todas as outras considerações repousam sobre esta teoria, *judicial review* não pode ser, em última análise, eficaz.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.52.

¹⁵¹ CORWIN, Edward. S. *A Constituição Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986. p 336.

julga inconstitucional a lei federal que tentou tributar, de maneira uniforme, os rendimentos em todo o país.

Recentemente, em uma tentativa de Construção de uma Nova Ordem Constitucional, eis o pensamento de TUSHNET¹⁵² que, possivelmente influenciado pela tese da abertura de intérpretes de Peter HARBERLE, retirar do Judiciário a responsabilidade de ser o único “*to say what the Law is*”, recolocando a vontade popular como o elemento central da interpretação constitucional, em contraposição ao que ele denomina de Direito Constitucional elitista que, segundo o autor, prevalece no pensamento contemporâneo assim traduzido nas decisões da Suprema Corte americana.

O autor chega a defender, inclusive, a possibilidade de os legisladores (e as pessoas em geral) desconsiderarem o que foi decidido pela Corte, quando esta tenha interpretado erroneamente a Constituição, contrariando o que ele considera seu núcleo duro (*Thin Constitution*), qual seja, o rol de princípios e garantias fundamentais do cidadão¹⁵³.

Noutra banda, prossegue STRECK, existe a corrente do substancialismo, através da qual a jurisdição constitucional não é apenas um instrumento de equilíbrio e harmonia entre os poderes, mas um intérprete efetivo da vontade geral – mesmo que implícita –, inclusive, se assim o for, contra o desejo de maioria eventualmente constatada através do processo legislativo.

É, portanto, a defesa da preservação dos valores fundamentais gravados no Texto Constitucional, advindos da força constituinte da comunidade política em referência, em detrimento da maioria sazonal, resultado, muitas vezes, de pressões e grupos políticos que não exprimem os ideais basilares daquela sociedade.

¹⁵² TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003. p. 37.

¹⁵³ DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MASTRODI, Josué; e TSUBONE, Rubens Takashi. Ainda há supremacia do Judiciário? In: DUARTE, Fernanda; e VIEIRA, José Ribas. *Teoria da Mudança Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. pp. 94-95.

Cotejando as duas correntes, STRECK¹⁵⁴ entende que o procedimentalismo está equivocado, na medida em que olvida que o Estado Democrático de Direito tem trazido um novo paradigma, uma nova legitimidade para a jurisdição constitucional, na medida em que a dota da missão transformadora – fundamento advindo da própria Constituição – para a consolidação de um processo de re-fundação da sociedade.

Prossegue o autor sustentando que as Constituições pós-modernas transportam consigo uma série de comandos dirigentes, incorporando, sobremaneira, um conjunto de valores que devem orientar o legislador.

A jurisdição constitucional assume, então, o condão de guardião desses valores consolidados no Texto Ápice. Assim, desse ministério não pode fugir. Numa visão substancial, o juiz constitucional assume um papel mais criativo, fruto de uma politização e socialização natural da atividade jurisdicional¹⁵⁵.

Chega-se até, como defende BONAVIDES, a idéia de um legislador de terceiro grau, o juiz, ao dirimir conflitos e elaborar a norma jurídica do caso concreto, legislando entre as partes¹⁵⁶.

O juízo crítico que se faz à legitimação pelo procedimento reside no fato de que a atuação da jurisdição constitucional não se resume à guardiã da Constituição à defesa da democracia ali consignada, mas ao conjunto integral do Texto Constitucional, independentemente de sua vinculação ou não com o princípio democrático.

Sabe-se que a própria maioria, elemento característico do ideal democrático, pode ser cega ou injusta. A ditadura da maioria, por maior que ela seja, pode não estar de acordo com

¹⁵⁴ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* Op. cit., p. 166. [nota 138]

¹⁵⁵ XIMENES, Julia Maurmann. A crise do Supremo Tribunal sob uma ótica democrática. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 12, n. 47., abr.-jun. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 280.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da constituição e recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p 21.

alguns princípios basilares contidos no próprio texto constitucional. Isso colide com um dos objetivos de qualquer comunidade: o sentimento de justiça.

Assim, a limitação da jurisdição constitucional ao mero papel de mediador do princípio democrático, de árbitro fiel do cumprimento das regras do “jogo político”, deixa em aberto o significado de outros direitos e prerrogativas que foram plasmados no Texto Constitucional.

É o que, de forma similar, afirma RATZINGER, na compreensão de que o princípio da maioria muitas vezes não responde, de forma satisfatória, às perguntas acerca dos princípios éticos do direito. Estes são imutáveis, pois antecedem qualquer decisão tomada pela maioria e, assim, devem ser respeitados por ela¹⁵⁷.

Realizando uma leitura paralela, afastando-se do direito natural, os frutos normativos decorrentes da participação democrática do parlamento estão vinculados a normas e princípios consolidados no Texto Constitucional e sob eles é que se deve dar a atuação legislativa ordinária. O papel da justiça constitucional transcende, em suma, a simples aferição procedimental.

Além disso, o procedimentalismo só pode ser efetivamente concretizado nas democracias nas quais os problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais estejam resolvidos, pois lá a sociedade já tem sido emancipada através de indivíduos autônomos. Isto se deve em razão de, sem o diálogo entre cidadãos livres e iguais, não existir o assentimento racional de todos afetados à lei (condição processual da gênese democrática das leis, na posição habermassiana) e, portanto, não há que se falar sequer em democracia.

Mais ainda, sustenta-se que a utilização do sentido procedimental pela jurisdição constitucional acarreta, negativamente, o entulho de tudo aquilo que não é concretizado – como é

¹⁵⁷ RATZINGER, Joseph. O homem desceu até o fundo do poço, até a fonte de sua própria existência. A Cisma do Século 21. *Folha de São Paulo*. Caderno Mais! Domingo, 24 de abril de 2005, São Paulo. p. 6. Trata-se de trechos reproduzidos de um debate realizado, em 19 de janeiro de 2004, entre o filósofo Jürgen Habermas e o teólogo Joseph Ratzinger, atualmente o papa Bento XVI, na Academia Católica da Baviera, em Munique, Alemanha, sobre o tema “*As bases pré-políticas e morais do Estado democrático*”.

o caso dos direitos sociais não realizados, dos direitos fundamentais não respeitados. Corre-se o risco de, então, tornar o Direito Constitucional um Direito Constitucional simbólico¹⁵⁸.

Por outro lado, a corrente substancialista tem, dentro de si, um forte apelo ao ativismo judicial, no instante em que prega como objetivo da jurisdição constitucional a transformação e re-fundação, nas palavras de STRECK, da sociedade.

Recentemente CANOTILHO¹⁵⁹ sinaliza reservas à ótica substancialista, no instante em que demonstra a sua inquietação e incômodo quanto à posição de parte da doutrina constitucional brasileira que afirma ser possível e desejável a fiscalização judicial das políticas públicas.

O perigo na defesa desse posicionamento é permitir que ao juiz constitucional seja-lhe conferido um âmbito de “discrecionarietà” tamanho, que possa não só desenvolver julgamentos de vanguarda, mas o de também consignar julgados conservadores e retrógrados que atentem, assim, aos ideais do bem comum e da justiça (muito embora, em muitos casos, tenham suas decisões fundamento constitucional).

Se correto é afirmar que a evolução do pensamento jurídico consegue derrubar os mitos da objetividade da interpretação e da total neutralidade do intérprete¹⁶⁰, também é certo de que devem apresentar, de forma muito clara, os limites materiais e formais dessa viagem interpretativa, sob pena de tornar, dentro das melhores (ou piores) intenções, o juiz constitucional um “*super-poderoso*”, capaz de sobrepujar e aniquilar o ideal democrático.

Na história norte-americana existem alguns momentos, como o da Era Lochner, na qual a Suprema Corte distancia-se dos ideais democráticos. Precisamente na década de 1930, a Suprema Corte americana invalida medidas centrais do *New Deal*.

¹⁵⁸ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Op. cit., p. 176. [nota 138]

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas*. Colóquio sobre o XX Aniversário do Tribunal Constitucional Português – 28 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html?impressao=1>>. Acesso em: 15/02/2005.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional* – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 555.

Sabe-se que o *New Deal* é um ambicioso projeto de reformas capitaneado pelo Presidente Franklin Roosevelt que, dentre algumas metas, visa um melhor equilíbrio entre a agricultura, o trabalho e a indústria, como o controle governamental mais eficiente sobre o sistema bancário (Lei de Economia, de 30 de março de 1933), a restauração do poder de compra dos agricultores (Lei do Reajustamento Agrícola, de 12 de maio de 1933), o auxílio aos desempregados (*Federal Emergency Relief Act*, de 12 de junho de 1933), o amplo reemprego, pelo encurtamento da semana de trabalho e a eliminação do trabalho infantil, bem como a garantia de um salário mínimo decente (Lei Nacional de Reconstrução Industrial, de 16 de junho de 1933)¹⁶¹.

Como saliente RODRIGUES¹⁶², tais pacotes de medidas, gozando o Presidente Roosevelt de ampla confiança popular, mas trazendo desconforto aos donos e proprietários de empresas e instituições bancárias, reduzem, em menos de 100 (cem) dias, em 33% (trinta e três por cento) os índices de desemprego, fruto da recessão decorrente da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929.

Numa análise distorcida de sua função de guardião da Constituição, a Suprema Corte americana, sob a batuta do *Chief Justice* Lochner, em contrariedade à vontade do Congresso, do Presidente e, porque não, da expressiva maioria da população americana, julga inconstitucional grande parte daquelas inovações normativas, distanciando, assim, os poderes da Federação do compromisso com a asseguuração do bem-estar econômico e social da comunidade.

A crise institucional entre a Suprema Corte e o Parlamento e o Executivo foi tamanha que o Presidente Roosevelt e o Congresso dão prosseguimento a um conjunto de projetos de lei que visam alterar a estrutura do Poder Judiciário, inclusive, afetando a composição da Suprema Corte. A pressão exercida por esses poderes sobre o Judiciário, força a Suprema Corte - no propósito de

¹⁶¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 115

¹⁶² Loc. cit.

preservar o *status quo* e a sua força institucional - a modificar seu entendimento sobre as inovações do *New Deal*.

Em resumo, a crise institucional produzida pela Suprema Corte Americana, durante a Era Lochner, demonstra uma das posições mais representativas do perigo do ativismo judicial, muito embora que, nesse caso, na sua modalidade conservadora.

Se não fosse uma insurgência institucional, patrocinada pelo Executivo e o Legislativo, não haveria essa mudança de concepção na visão da Suprema Corte sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, o que poderia levar os Estados Unidos da América, no momento ao qual se encontravam, a uma situação de instabilidade irreversível, somente sanável, pelo menos em tese, por uma nova ruptura constitucional.

Muito embora se reconheça, na história norte-americana, os perigos da atuação pró-ativa da jurisdição constitucional, como no caso supramencionado, não se pode fugir da constatação de que, em outras situações, o ativismo representa um marco significativo para o avanço social, como ocorre, por exemplo, com o enfrentamento da segregação racial, com *Brown v. Board of Education*¹⁶³, em pleno início da Corte de WARREN¹⁶⁴.

¹⁶³ No mencionado caso, em 1954, a Suprema Corte Americana reputou como inconstitucional a segregação racial que existia nas escolas públicas do Sul dos Estados Unidos, fundamentando que tal prática atentava o princípio da igualdade, inserido na Constituição norte-americana pela Décima Quarta-Emenda, de 1868. (SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., p. 291). [nota 82]

¹⁶⁴ Nos Estados Unidos da América tem-se o costume de estudar a jurisprudência de sua Suprema Corte, através de suas tendências históricas, delimitando os períodos através do âmbito temporal e de influência que cada presidente daquela Corte exerceu e concretizou. A figura do Presidente da Corte – denominado *de Chief Justice* – traduz-se em um cargo nomeado livremente pelo Presidente dos Estados Unidos da América, e exerce tal cargo vitaliciamente, sem limite de idade, podendo ser afastado apenas por *impeachment*, salvo ato voluntário seu, de pedido de demissão ou de aposentadoria. Earl Warren, *Chief Justice* entre os anos de 1954 a 1969, representou um período, intitulado como a Corte de Warren, no qual a Suprema Corte Americana viu-se como um verdadeiro centro de poder, forçando a mudança dos rumos dos Estados Unidos, num caminho mais progressista, seja no campo da dessegregação racial, da redistribuição mais equilibrada dos eleitores por distritos eleitorais, do caráter nacional do processo e da tipificação penal, da correção da previdência social, da ampliação do direito de opinião e palavra, etc. (RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 40).

Assim, ainda que se busque compatibilizar a jurisdição constitucional com a democracia, importante se faz deduzir que essa equação, como se nota no exemplo americano, não é tão simples em realizar.

O choque entre a democracia e a justiça constitucional, no seio de uma comunidade pluralista, remete à conclusão de que as Cortes Constitucionais não podem agir quando não estão em sintonia com o verdadeiro espírito democrático, aqui compreendido como o exercício das prerrogativas democráticas, em grau mais elevado, ao legislativo e ao executivo.

Ao legislador é conferida, portanto, a prerrogativa de dispor de uma liberdade de apreciação da realidade e, como conseqüência, de formulação dos prognósticos que irão nortear a comunidade.

Na visão de MORO¹⁶⁵, os juízes precisam compreender seu papel secundário no regime democrático. Assim, ao Legislativo e ao Executivo é que compete a articulação das políticas públicas, posto que o fundamentalismo jurídico, segundo ele, não se compatibiliza com a comunidade plural.

Contudo, a assertiva de que sua atuação é considerada de grau secundário no campo do jogo democrático não gera a defesa, como suposta conseqüência lógica, de sua isenção ou inércia¹⁶⁶. O “passivismo” judicial, da mesma maneira que o ativismo, também pode trazer uma série de retrocessos. Cite-se, por exemplo, no Direito norte-americano, os casos *PLESSY vs. FERGUNSON*, de 1896, e *KOREMATSU vs. UNITED STATES*, de 1944.

¹⁶⁵ MORO. Sérgio F. Op. cit., p. 155. [nota 123]

¹⁶⁶ Na visão de MIRANDA, o Tribunal Constitucional deve respeitar “(...) a liberdade de conformação do legislador e, por imperativo do princípio pluralista da alternância, aceita a possibilidade de diferentes concretizações de normas constitucionais; mas não renuncia nunca a procura e a afirmação dos seus fins e de seu conteúdo essencial, impedindo, assim, desvios de poder legislativo”. (MIRANDA, Jorge. Nos dez anos do funcionamento do Tribunal Constitucional. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p 96.).

No caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte americana defende que a segregação racial em transportes ferroviários não viola qualquer proibição constitucional onde as leis que exigiam a segregação não estabeleçam acomodações desiguais¹⁶⁷.

Em *Korematsu vs. United States*, em 1944, a Suprema Corte americana recusa-se a proteger os japoneses norte-americanos contra o internamento injustificado no início da Segunda Guerra-Mundial¹⁶⁸. Nesse caso em particular, como pondera BARBOSA MOREIRA¹⁶⁹, a passividade da Suprema Corte americana possibilita o encaminhamento de tais cidadãos para estabelecimentos que alguns, com decerto exagero, os equiparam a campos de concentração.

A experiência americana é, como defende ZOLLER¹⁷⁰, a maior demonstração de que o exercício do controle de constitucionalidade deve ter limites sempre pautados no contínuo exame de escolhas e de prioridades.

Se existem momentos de extrema negatividade do papel da Jurisdição Constitucional, noutra banda, há situações muito positivas. Sem a necessidade de se recorrer a exemplos muito distantes, basta relembrar um instante de crise da história constitucional latino-americana.

Este se deu em 25 de maio de 1993, na Guatemala, quando a Corte Constitucional declarou a nulidade do Decreto do Presidente da República Jorge Serrano Elias. O mencionado Chefe do Executivo comunicara à sociedade, na manhã daquele dia, mediante cadeia de rádio e televisão, a dissolução do Parlamento, a destituição dos magistrados da Corte Constitucional e a suspensão de mais de 40 (quarenta) artigos da Constituição¹⁷¹. O “autogolpe” foi coibido, de

¹⁶⁷ SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., p. 289. [nota 82]

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 449. [nota 131]

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte Norte-americana: um modelo para o mundo? *Revista de Direito Administrativo*. v. 233. jul.-set. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 202.

¹⁷⁰ ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. *Sub Judice – Justiça e sociedade*. n. 12, jan.-jun. 1998. Coimbra: Fundação Luso-americana, 1999. p. 14.

¹⁷¹ Cf. LÖSING, Norbert. El guardián de la Constitución em tiempos de crisis. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano – Edición 2000*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2000. p. 145.

ofício (sem provocação), pela Corte Constitucional guatemalteca, rompendo os limites tradicionais da jurisdição constitucional.

Por esse motivo que, em alguns momentos, a interferência da jurisdição se faz mais do que necessária, desde que se baseie em questões emblemáticas, oportunidade em que se está na iminência de serem atingidos as normas e os princípios positivados ou implícitos do Texto Constitucional.

Somente dessa maneira é que se configura o fundamento essencial para a concretização de uma censura legítima frente aos poderes constituídos. Eis, nessa linha de raciocínio, uma abordagem mais funcional da legitimação da jurisdição constitucional.

A promessa nas democracias constitucionais, como observa FERNANDES¹⁷², propugna, no plano ideal, o aperfeiçoado equilíbrio entre a democracia e os direitos fundamentais. Porém, na prática e, até mesmo, no campo normativo, essa conjunção não é de fácil implementação.

As possíveis contradições entre os princípios fundamentais do Estado de Direito e o Democrático não podem ser analisadas radicalmente, pois o primeiro funda-se na obediência e no respeito à legalidade e, o segundo, não admite condicionamento ao poder popular soberano¹⁷³. Por isso é que se indaga se a atuação da jurisdição constitucional deve ser idêntica nas questões que envolvam normas e princípios correlacionados aos direitos fundamentais (cuja gênese reside no Estado de Direito) e, por outro lado, naquelas que discutam matérias voltadas às disputas políticas ou institucionais, como na hipótese de assuntos sobre a divisão das funções do Estado e repartição de competências na Federação.

¹⁷² FERNANDES, Bianca Stamato. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p 78.

¹⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teses sobre Direitos Fundamentais, Princípios Jurídicos e Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha (Coords). *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 669.

Há alguns autores, com é o caso de CHOPER¹⁷⁴ que, através de uma visão funcional, entende que a jurisdição deve ser, no seu atuar, hiper-ativa quanto à proteção dos direitos individuais e, por outro lado, contida, quando o assunto for relacionado às tensões sobre a separação dos poderes e o regime federativo. Por certo, a Justiça Constitucional baseada numa visão funcional exige do juiz um exercício de ponderação muito mais acurado, rogando-lhe, inevitavelmente, uma preocupação maior com a interpretação do Texto Constitucional, para que não seja nem tanto procedimental, nem tanto ativista.

Contudo, ao falar em ponderação e prudência não se está a defender a prevalência do interesse público e/ou os interesses do Estado (ou argumentos de natureza econômica e tributária), mas também não se está a lhe exigir a consolidação de um ‘pacto suicida’ capaz de comprometer a sobrevivência e a prosperidade da sociedade¹⁷⁵. Daí a importância, atualmente, muito mais evidente na doutrina, da Hermenêutica Constitucional.

Numa visão funcionalista, a Jurisdição Constitucional deve partir da premissa de que não tem o condão, nem sequer a obrigação, de solucionar todo e qualquer problema da comunidade, isto porque tem o dever de reconhecer que o legislador e o governo possuem margens de atuação. Assim, como diz SCHNEIDER¹⁷⁶, compete a ela influenciar a vontade e a atuação das outras funções estatais – amoldando-as, inclusive, à Carta Política –, mas não substituí-las por completo.

O princípio da proporcionalidade e o da igualdade são ferramentas, por exemplo, interessantes na consolidação dessa atuação funcional da jurisdição constitucional, na medida em que traduzem um exercício de ponderação sobre o conflito entre a função jurisdicional e

¹⁷⁴ MORO, Sérgio Fernando. Op. cit., p. 151. [nota 123].

¹⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz dos poderes neutrais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11, out.-dez. 2003, n. 45. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 248.

¹⁷⁶ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p 200.

legislativa. ADEODATO¹⁷⁷ aponta as vantagens de uma jurisdição constitucional mais gradual e controlada, posto que ela, ao poucos, “vai fazendo a Constituição”.

A desejada atuação paulatina de efetivação do Texto Constitucional certamente deve estar em sintonia, na visão de MORAES¹⁷⁸, com a opinião pública, pois é ela que consagra ou não a decisão do juiz constitucional. Sem a compatibilidade com o sentimento geral da comunidade, as decisões da justiça constitucional não perdurarão no tempo¹⁷⁹.

Nesse sentido, a problemática da legitimação da jurisdição constitucional tem como análise o resultado do exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade. Isto porque sua atuação só passa a ser justificada (legitimação) no instante em que atinge o objetivo previamente definido, especificamente, o da consolidação de todos os contornos do Texto Constitucional.

2.4 A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MÉTODO DIFUSO

Vencido o obstáculo de se estudar os fundamentos genéricos da atuação do Judiciário no processo de aferição da constitucionalidade em contraposição aos demais poderes estatais, cumpre-se enfrentar, em particular, o problema da legitimidade da jurisdição constitucional na ótica difusa. É o estudo desse método, especialmente no cenário brasileiro, que o presente estudo se propõe a concretizar.

Mais uma vez, recorrer-se-á às experiências estadunidenses, isto porque a vivência européia é mais voltada para o sistema concentrado de análise da compatibilidade constitucional das leis e dos atos normativos.

¹⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando Direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p 88.

¹⁷⁸ MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 40, n. 159, Brasília: Senado Federal, jul.-set. 2003. p 55.

¹⁷⁹ ABRAHAM, Henry. A Corte Suprema no evolutivo processo político. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p 99.

A discussão da legitimidade do controle de constitucionalidade na modalidade concentrada é muito mais forte e contundente do que no método difuso. Isto se deve em virtude do choque entre o Poder Judiciário e o Legislativo e o Executivo é muito mais evidente e direto na intervenção concentrada.

Sobre esse tema, defende ANDRADE¹⁸⁰, por exemplo, a inexistência de um conflito funcional e real entre o Tribunal Constitucional e o legislador, no sistema difuso, na medida em que aquele atua, inclusive, como aliado deste, principalmente quando revê decisões de não aplicação das leis pelos tribunais de instância inferior.

Nessa linha de raciocínio, o tribunal ordinário ou constitucional não está concorrendo com o legislador, uma vez que funciona como aplicador do Direito, no seu exercício de pacificador dos conflitos de interesses concretos, prevalecendo, assim, o princípio da proibição do *non liquet*.

Todavia, esse cenário pacífico não afasta a necessidade de se estudar como se aflora a legitimidade do juiz na modalidade difusa, no controle de constitucionalidade das leis, como obstáculo para o enfrentamento de um litígio concreto. Sabe-se que a fiscalização constitucional difusa é sempre uma proteção da constitucionalidade, ainda mais em se tratando de uma sociedade cada vez mais complexa, dentro de um intrincado conjunto de sistemas jurídicos e políticos, em um inter-relacionamento frenético.

Tem-se que os juízes e tribunais ordinários só podem enfrentar as questões de constitucionalidade quando seus respectivos objetos forem normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto submetido ao julgamento. Esta é a essência do controle difuso.

O que hoje se conhece, na realidade jurídica brasileira, como sistema difuso de aferição da constitucionalidade tem suas raízes históricas no Direito anglo-saxônico, em especial na

¹⁸⁰ ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e o princípio da maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p 77.

experiência dos Estados Unidos da América. Diz-se anglo-saxônica porque a Inglaterra oferece uma sensível contribuição para a concepção do *judicial review* norte-americano.

Há um equívoco histórico em afirmar que a fonte do exercício de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos encontra-se no célebre caso *Malbury vs. Madison*, julgamento da Suprema Corte em 1803, capitaneado pelo *Chief Justice* John Marshall.

Como dito anteriormente, tal decisão reforça, com a sua construção argumentativa, racional e lógica, a prerrogativa dos tribunais em verificar a compatibilidade constitucional das leis. Mas seus fundamentos não são originais, pois decorrem de outros tempos.

Na Inglaterra do Século XVII, mais precisamente em meados de 1610, o juiz Sir Edward Coke, no conhecido *Bonham's case*, desenvolve e aplica a noção de “lei superior” (*common law*), com autoridade sobre as leis emanadas pelo Parlamento (*statutory law*) ou os arroubos do Soberano, para entender que o Colégio de Médicos de Londres não é competente para sancionar o exercício da medicina de *Bonham*. Isto porque a norma sancionadora do Parlamento que confere poderes aquele colegiado é contrária ao direito da *common law* – lei fundamental do reino, encarnação da razão. E, se assim o for, sua nulidade deve ser declarada¹⁸¹.

Mas não é só Sir Coke que contribui para a doutrina do poder dos juízes na fiscalização da supremacia da *common law*. POLETTI¹⁸² cita dois outros casos: (1) *Forbes vs. Cochorane* – referente ao regime de escravidão – oportunidade na qual o juiz Best proclama que direito inglês se funda no direito natural e que, assim, os Tribunais da Inglaterra nunca podem compactuar com supostos princípios jurídicos fundados numa doutrina utilitarista inferior; (2) e, já no século

¹⁸¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Justiça Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (org). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 456.

¹⁸² POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p 19.

XVIII, Lord Hobart e, mais tarde, Lord Holt, declararam nulos os atos do Parlamento contrários à equidade.

BUZAID¹⁸³ também menciona a experiência dos juristas portugueses do século XVII, ou seja, dois séculos antes do célebre caso da Suprema Corte Americana.

Sobre o tema, o autor relembra que se uma ordenação do Reino for contrariada por uma lei municipal, compete ao corregedor decretar a nulidade da segunda, em detrimento da superioridade hierárquica da primeira.

O mencionado jurista faz uma leitura, inclusive, do Código Filipino (Livro I, Título 58, n. 17), e ele chega às seguintes conclusões: o mencionado Código não só consolida a existência de uma hierarquia de leis, de maneira que a inferior tem sua validade vinculada à superior, como também atribui competência a um órgão judiciário (no caso, o corregedor) de decretar a nulidade da lei ou ato normativo compatível com as Ordenações¹⁸⁴.

Registre-se, por oportuno, que a idéia de Lord Coke, muito embora represente uma passagem marcante da luta contra o absolutismo do Rei e do Parlamento, na medida em que transfere o poder de proteção da supremacia da *common law* para os juízes, é abandonada com a Revolução de 1688¹⁸⁵, oportunidade na qual se consolida, definitivamente, a supremacia do

¹⁸³ BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p 19.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 20.

¹⁸⁵ A Inglaterra foi palco, no século XVII, de uma série de transformações, principalmente na relação complicada e tensa entre o Rei e o Parlamento. Os problemas começaram com a proclamação da Petição de Direitos, em 1628, que restringia o poder do Rei. Carlos I, então Rei da Inglaterra, insurgiu-se com a aprovação da Petição de Direitos e dissolveu o Parlamento, todavia foi obrigado a restituí-lo em 1640, tudo no afã de conseguir respaldo e obter recursos financeiros para enfrentar uma Revolta na Escócia. Restabelecido, o Parlamento aprovou, por sua vez, uma lei que proibia o Rei de dissolvê-lo. Carlos I reagiu novamente e ordenou a invasão do Parlamento, desencadeando uma terrível guerra civil, que durou de 1642 a 1649. Nesse ano, Carlos I é executado. Após, Cromwell – que fecha o Parlamento no mesmo ano de 1649 – assume o poder na Inglaterra (durante uma grande fase sob a égide de um regime ditatorial) perpetuando-se até a sua morte já na qualidade de Rei da Inglaterra, da Escócia e da Irlanda. Com a morte de Oliver Cromwell em 03 de setembro de 1658, seu filho Ricardo assume o trono, porém, com o aumento das agitações políticas, o abdica no ano seguinte. Em 1660, foi eleito um novo Parlamento, que entregou o governo a Carlos II (1660 – 1685), substituído por seu irmão Jaime II em 1685. Durante o reinado de Jaime II, católico, cresce o descontentamento da alta burguesia e da nobreza anglicana.

Parlamento¹⁸⁶. Paralelamente, a própria jurisprudência americana – precedentes do famoso julgamento de Marshall - enfrenta o assunto.

Como afirma BARBOSA¹⁸⁷, muito antes até da Revolução Francesa,

(...) o senso jurídico dos colonos anglo-saxônicos da América do Norte resolvera praticamente esta questão, vital para os países livres, do equilíbrio das assembleias políticas pelos tribunais de justiça, que, na grande e nunca intranquilha França, inquieta inutilmente, há cem anos, conservadores e radicais, estadistas e reformadores, desde Sieyès até Tracy, desde Bonand até Luiz Blanc, e que, na Grã-Bretanha, durante o século passado, levou perplexidade e a confusão aos espíritos mais eminentes na política e no direito, opondo, nos conflitos entre o privilégio dos comuns e a autoridade dos juízes, a eloquência de Chatham à ciência profissional de Mansfield, e prorrogando indefinidamente o litígio entre as fronteiras, sempre indecisas, entre o Parlamento e a justiça nas controvérsias constitucionais, todo dia suscitadas.

TRIGUEIRO¹⁸⁸ aponta três casos na prática forense estadunidense: o primeiro, a Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declara nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado; o segundo, desde 1782, os juízes da Carolina do Norte julgam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis; e, por fim, em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalida lei pelo fato dela colidir com os artigos da Confederação.

Um dos antecedentes mais significativos, POLETTI¹⁸⁹ recorda ao se nutrir em EVANS, é o caso *Trevett vs. Weeden*, julgado em Rhode Island no ano de 1786, no qual os magistrados declaram a lei inválida, em situação similar ao caso *Malbury vs. Madison*, em 1803 – lapso temporal de 17 anos que os separa. Por fim, pontua-se, como supradito, que Alexandre Hamilton,

Temendo novamente um governo ditatorial, o Parlamento inglês sugere a entrega da Coroa a Guilherme de Orange, príncipe holandês casado com Mary Stuart (filha de Jaime II). Em 1688, a Revolução Gloriosa começa, quando se enfrentam as forças de Guilherme de Orange e de Jaime II, que é derrotado. Em 1669, Guilherme e Mary Stuart assumem o trono da Inglaterra. Assinam o *Bill of Rights* (declaração de direitos) que determina, entre outras coisas, a liberdade de imprensa, a manutenção de um exército permanente e o poder do Parlamento de legislar sobre tributos. A Revolução marca o fim do absolutismo na Inglaterra e a instauração da monarquia constitucional. Favoreceu a aliança entre a burguesia e os proprietários rurais, que será a base do desenvolvimento econômico inglês.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Op. cit., p 60. [nota 53]

¹⁸⁷ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2.ed. Campinas: Russel, 2004. p 48.

¹⁸⁸ TRIGUEIRO, Oswaldo. *O Supremo Tribunal Federal no Império e na República*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, n. 157, jan.-mar. 1981.

¹⁸⁹ POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p 25. [nota 182]

no número 78 de *O Federalista*, já defende o controle do Judiciário sobre os atos do legislativo, quinze anos antes do célebre aresto da Suprema Corte dos EUA.

A peculiaridade da prática estadunidense do *judicial review* é o fato de que a aceitação desse instituto não é traumática, na medida em que se compatibiliza, desde as origens dos *Fundadores*, com aquilo que se entende como separação de poderes (teoria dos *cheks and balances*)¹⁹⁰.

Explica-se: diferentemente do que vigia na Europa pós-revolucionária, os Estados Unidos da América não absorvem por completo a visão da soberania popular rosseauiana¹⁹¹. Para os pais da pátria estadunidense, o Parlamento não é perfeito e, portanto, não pode ser inatingível¹⁹².

Dessa maneira, o Estado norte-americano é concebido através de uma série de mecanismos de controle inter-orgânico, como por exemplo, o veto Presidencial – assim conhecido como o instrumento através do qual o Chefe do Poder Executivo participa do processo legislativo e interfere nas posições do Legislativo.

A fiscalização do Judiciário sobre os atos do Legislativo e do Executivo é, em suma, consequência lógica dessa concepção estatal de divisão de competências.

¹⁹⁰ NASCIMENTO GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de Rejeição das Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 43.

¹⁹¹ BONAVIDES aponta uma contradição muito forte entre Rousseau e Montesquieu, eis que o primeiro formulou a sua tese tendo como premissa o dogma da doutrina absoluta da vontade popular, apresentando como características essenciais a inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade. Ao contrário, Montesquieu detinha uma visão mais pluralista, o que lhe permitia admitir, por exemplo, a divisibilidade do poder estatal. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Op. cit., p. 52) [nota 4].

¹⁹² HAMILTON, MADISON e JAY afirmavam, no *O Federalista*, n. 73, a importância do veto dentro de uma nova concepção de divisão de atribuições e competências do Estado, a saber: “Já em alguns dos capítulos antecedentes se notou a tendência do corpo legislativo de absorver todos os poderes e a insuficiência de uma linha de demarcação, traçada no papel, para fixar os seus diferentes limites; donde de conclui que era necessário dar aos depositários dos diferentes poderes do governo armas constitucionais para a sua defesa. Desses incontestáveis princípios resulta a necessidade de dar ao magistrado supremo um ‘veto’ absoluto ou limitado, com que possa resistir às usurpações do corpo legislativo.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lê, 2005. p 435.).

Observa-se, contudo, que a prerrogativa do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Congresso pelo Judiciário não foi, e ainda não é, prevista expressamente no Texto Constitucional americano.

Sabe-se que, muito embora sua inserção tenha sido debatida veementemente pelos delegados da Convenção (Assembléia Constituinte) de 1787, sua formação é fruto eminente de uma construção jurisprudencial racional, fundada no que se pode chamar de *supremacy clause* (cláusula de supremacia), prevista no art. VI, item 2, da Constituição americana de 1787, cuja essência é a declaração da Constituição como a suprema lei do país, bem como de todos os tratados e leis que estejam de acordo com aquela.

Como dito alhures, a contribuição *Malbury vs. Madison* é, através do *Chief Justice* Marshall, racionalizar toda essa teoria dentro de um julgamento politicamente polêmico e, assim, fazer o papel de agente catalisador de uma transformação do arquétipo estatal de relação entre poderes.

Para VERDU¹⁹³, o supracitado caso compila a teoria sobre a Constituição escrita, sobre sua origem, fundamento, características e funções, sobre sua interpretação e aplicação, dentro de um novo modelo de Estado, federal e republicano.

A técnica do *judicial review*, institucionalizada com a mencionada decisão, favorece, na posição do autor, os propósitos políticos e sócio-econômicos que defendem os federalistas, tudo no afã de possibilitar o fortalecimento da União em detrimento dos estados-membros¹⁹⁴.

Em verdade, institui-se como princípio básico do constitucionalismo americano o poder judicial e, em especial, da Suprema Corte, como garantidores da Constituição, tornando-os fiscalizadores maiores da distribuição das competências entre a União e os Estados-membros,

¹⁹³ VERDU, Pablo Lucas. Estado de Derecho y Justicia Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*. Nueva Epoca, n. 33, may.-jun. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 25.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p 37.

bem como da atuação dos legisladores federais e estaduais. Eis o nascedouro do que se chamou de “*o governo dos juízes*”.

Durante sua permanência como *Chief Justice, Marshall* proporciona a garantia do poder da Suprema Corte sobre a aferição da constitucionalidade dos atos governamentais e das leis e atos normativos federais e estaduais.

Entretanto, a Suprema Corte americana somente volta a declarar a incompatibilidade de outro dispositivo legal federal cinquenta e quatro anos depois do mencionado aresto, mais precisamente na Era *Taney*, em 1857, no caso *Dred Scott*, oportunidade na qual julga inconstitucional a seção 8º do *Missouri Compromise Act*, datado de 1850, que proíbe a escravidão nos territórios¹⁹⁵.

Atente-se que as leis estaduais também são objetos do controle de constitucionalidade, dentro da ótica difusa americana. tal assertiva é consolidada desde 1816, pela Suprema Corte, depois da decisão *Martin vs. Hunter’s Lessee*, garantindo-se, assim, a uniformidade do direito nos Estados Unidos da América¹⁹⁶.

O sistema difuso propaga-se pelo mundo ocidental de várias formas. Contudo, há elementos básicos que caracterizam as especificidades do controle americano. Eis os principais, na leitura de MORAES:

(1) o dever do exercício do controle de constitucionalidade é comum aos tribunais de todos os graus, na apreciação de seus federais, estaduais e municipais;

(2) face à relevância e as conseqüências das questões constitucionais, os tribunais têm o dever de se absterem de apreciá-las sem a presença de todos os juízes da corte;

¹⁹⁵ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Op. cit., p 100. [nota 62]

¹⁹⁶ BARACHO, J. A. de O. Teoria Geral da Justiça Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, e MORAES, Filomeno (coord). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p 459. [nota 181]

(3) muito embora vigore como princípio maior o da supremacia da Constituição, consolida-se como seu sub-princípio o da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos;

(4) assim, na dúvida, se a discordância não for clarividente, deve prevalecer o da presunção de constitucionalidade¹⁹⁷.

Compreender as razões da aceitação desses marcos teóricos no sistema difuso americano é volver ao que foi dito no tópico 2.2 do presente trabalho, no instante em que se apresenta a roupagem que os estadunidenses deram à concepção de Estado de Direito.

A consolidação do poder constituinte nas mãos efetivamente do povo (*We the people*) e a perfeita distinção entre o legislador constituinte do legislador ordinário fez dos Estados Unidos da América a primeira grande nação a questionar, com dito alhures, a estrutura tradicional do modelo liberal de separação de poderes e da até então vigente doutrina da soberania do parlamento.

Para os americanos, o poder-dever dos juízes em interpretar as leis vincula-os necessariamente à atividade de verificar se elas estão em conformidade com a Constituição. Assim, somente se fala em um verdadeiro exercício de controle de constitucionalidade difuso se os juízes e tribunais ordinários detiverem poderes para não só examinar e interpretar, mas desaplicar a lei, se assim entender necessária, quando esta (ou as outras espécies normativas) estiver em contradição com o Texto Constitucional.

Sobre esse ponto merecem destaques as lições de CANOTILHO¹⁹⁸, quando diferencia os papéis dos juízes e tribunais ordinários como fiscalizadores da constitucionalidade e como

¹⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Op. cit., p 102. [nota 62].

¹⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e intransigibilidade discursiva*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p 876). [nota 131]

instâncias de transição. Na primeira hipótese, aqueles efetivamente realizam o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, na medida em que possuem competência para decidir, *per se*, as questões de constitucionalidade. Noutra banda, não se pode confundir com a figura de instância de transição, modelo encontrado nos países em que o *judicial review* é reduzido a um direito de exame incidental sem poderes decisórios, ou seja, os juízes e tribunais ordinários apenas detectam a questão constitucional, porém as remete para o Tribunal Constitucional e é este que decidirá o questionamento.

Volvendo-se à questão da aferição difusa e concreta da constitucionalidade pelos juízes e tribunais ordinários, chega-se ao seguinte raciocínio lógico: a Constituição, ou é uma lei superior inalterável pelos métodos legislativos ordinários, ou está equiparada aos atos legislativos ordinários. Se a primeira parte dessa assertiva for correta, então um ato legislativo contrário à Constituição não pode ser considerado válido. Porém, acaso verdadeira a segunda parte, então as Constituições escritas são descabidas, pois têm o condão de limitar um poder que, por sua própria natureza, é ilimitado. Prosseguindo, se existe uma lei em contradição com a Constituição e ambas são aplicáveis a um caso concreto, o Tribunal certamente deve determinar qual das regras em conflito que regerá o caso.

Para os estadunidenses, esse é o fundamento do dever judicial.

No campo da solução dos conflitos de leis no espaço, a teoria do *judicial review* é muito simples e coerente. Se há uma hierarquia entre a Constituição e a lei ordinária, prevalece o critério da “*lex superior derogat legi inferiori*”. Em outras linhas, partindo-se de uma Constituição rígida, como é o caso da estadunidense, essa sempre prevalecerá, em um cenário concreto, sobre a norma ordinária conflitante¹⁹⁹.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Op. cit., p 75. [nota 75]

A discussão quanto à legitimidade do controle difuso parte da idéia central, já exposta alhures, de um sistema normativo hierarquizado, vinculado e complexo, apresentado através de um diploma ápice, assumindo as responsabilidades de integração e harmonização: a Constituição. Desse modo, a fiscalização da constitucionalidade não se limita à proteção do Texto Constitucional em si, mas da própria harmonia e coerência da ordem jurídica como um todo.

Percebe-se claramente o que diferencia, sob a ótica da justificação, o controle difuso, de matiz americano, do concentrado, de índole européia. É um ponto específico da atuação jurisdicional nesses respectivos modelos.

No difuso, confere-se aos juízes e tribunais a prerrogativa de realizar o controle de constitucionalidade somente quando essa matéria é objeto de uma efetiva controvérsia judicial, o que não ocorre no modelo concentrado, na medida em que se efetiva através de litígios abstratos.

Na concepção americana, o Judiciário não pode proceder, por sua própria iniciativa, a declaração de uma lei inconstitucional. Isto porque, tendo em vista que o seu poder de fiscalização deriva do dever de decidir qual a lei, *lato sensu*, será aplicável ao caso, sua atuação há de se pautar, então, sempre dentro dos limites de um caso concreto – e a declaração de inconstitucionalidade permanece apenas como um obstáculo a ser ultrapassado para o enfrentamento do mérito da lide.

A Suprema Corte americana já enfrenta o problema do controle de constitucionalidade da lei em tese. No julgamento de *Muskrat vs. United States*, a corte recusa-se a resolver a validade, em abstrato, de um estatuto normativo, na medida em que não há, na hipótese, um litígio real entre partes²⁰⁰. Nessa decisão, entende a Suprema Corte que o poder que lhe é conferido pela Constituição, na qualidade de fiscalizadores da supremacia do Texto, restringe-se à análise de controvérsias reais.

²⁰⁰ SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Op. cit., p 189. [nota 82]

Partindo da premissa de que essa fiscalização da constitucionalidade sempre afeta o Governo e o Parlamento – e assim são decisões de um significativo impacto – essa autoridade só pode ser exercida em situações imperativas, como a única alternativa para a solução de conflitos de interesses concretos. Assim, embora os juízes dos Estados Unidos exerçam o controle de constitucionalidade dos atos do parlamento, essa apreciação nunca é direta, mas reflexa, na medida em que surge como fato inevitável dentro de um caso específico entre partes.

O que os juízes e tribunais fazem, portanto, é tão somente julgar ou não favoráveis a uma determinada pessoa; porém têm a faculdade de, na resolução desse caso, se posicionar no sentido de que uma Lei do Congresso não deva ser levada em conta²⁰¹.

Por isso que, nesse modelo, a declaração de inconstitucionalidade não é uma exclusividade da Suprema Corte americana, senão de todos os tribunais, do mais alto ao mais baixo, posto que a questão constitucional sempre foi e será revestida de um caso concreto, independentemente de quem sejam as partes envolvidas.

A tal peculiaridade do sistema difuso – a horizontalidade do poder de fiscalização da Constituição – o aproxima ainda mais do espírito democrático, encarnando todo e qualquer juiz o papel de juiz constitucional²⁰².

A organização do Judiciário Federal nos Estados Unidos da América é concebida da seguinte maneira²⁰³: Dentro de uma estrutura piramidal, tendo a Suprema Corte no ápice, a jurisdição ordinária geral é atribuída aos tribunais distritais, correspondentes a divisões

²⁰¹ Loc. cit.

²⁰² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, 2004. p. 134.

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Ibid.* pp. 161-166.

territoriais conhecidas como distritos judiciais²⁰⁴. Acima dos tribunais distritais encontram-se os tribunais de apelação. Cada tribunal de apelação tem competência sobre um determinado “circuito”, circunscrição que abrange uma determinada reunião de distritos judiciais.

Geralmente, com afirma o autor²⁰⁵, os litígios apresentados aos tribunais de apelação são julgados por um colegiado composto de três membros, muito embora os casos mais importantes devam ser apreciados por todos os membros do tribunal de apelação, como se verá a seguir com a questão de inconstitucionalidade.

Por fim, eis a Suprema Corte: Localizada na capital americana e composta por nove juízes, tem a sua atuação eminentemente como uma instância recursal especial (muito embora apresente uma ínfima parcela de competência originária), não só dos tribunais federais, mas também dos tribunais estaduais quando hajam decidido questões de direito federal.

O acesso à Suprema Corte dá-se mediante o instrumento da *petition for certiorari*, assim concebido como um requerimento recursal através do qual se solicita que aquela Corte reexamine a lide apreciada pela instância inferior, especificamente quando se questiona que tal julgado *a quo* não está compatível com a Constituição, os tratados ou as leis dos Estados Unidos da América²⁰⁶.

Tendo em vista o fato de a federação americana ser constituída sob uma forma centrípeta, a fim de garantir uma autonomia legislativa considerável aos estados membros, as matérias passíveis de apreciação pela Suprema Corte (questões federais) têm um âmbito espacial muito reduzido. Isto faz com que a função deste tribunal seja essencialmente a de fiscalização constitucional.

²⁰⁴ Por lei, os Estados Unidos da América são divididos em 84 distritos judiciais, havendo, pelo menos um distrito para cada Estado, muito embora existam cerca de metades dos estados com mais de um distrito judicial em seu território.

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. Op. cit., p 165. [nota 202]

²⁰⁶ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Op. Cit. p 204. [nota 169]

Registre-se que, por oportuno, a apreciação das “apelações” que são endereçadas à Suprema Corte estadunidense (*petition for certiorari*) estão vinculadas a um requisito de admissibilidade material que consiste na comprovação de que tal caso é de interesse público e não privado²⁰⁷.

O que está em discussão, para fins de apreciação do recurso, não é a importância das partes, mas a relevância social e pública da matéria em si envolvida. Isso tem uma razão muito clara, pois restringe a atuação da Suprema Corte aos casos de repercussão de amplo interesse governamental, social ou público²⁰⁸.

Esse filtro foi instituído mediante o *Judiciary Act* de 1925, com o objetivo, dentre outros, de diminuir o congestionamento de processos na Suprema Corte americana. A decisão sobre a admissibilidade desse recurso especial é prolatada em sessão secreta, excluindo-se a presença de toda e qualquer pessoa, a não ser os magistrados que a compõem. Para a sua admissão, faz-se necessária a aprovação de, no mínimo, quatro juízes²⁰⁹.

Como se vê, muito embora o sistema americano de aferição da compatibilidade das leis à Constituição seja distribuído entre os juízes e tribunais ordinários, há em seu bojo mecanismos de contenção e limitação dessa atuação jurisdicional especial, certamente porque essa função é muito delicada e importante para a relação entre os poderes do Estado. Assim, da mesma maneira que se consolida a tese do poder-dever dos juízes e tribunais em realizar esse controle, também se exige procedimentos muito claros e rígidos. Cite-se, entre outros, a obrigatoriedade de que a

²⁰⁷ SCHWARTZ. *Direito Constitucional Americano*. Op. cit., p 176. [nota 82]

²⁰⁸ A título de registro, a Emenda Constitucional n° 45, de 31 de dezembro de 2004, inseriu o §3° ao art. 102, da Constituição Federal do Brasil de 1988, instituindo, para fins de apreciação do recurso extraordinário, o requisito na repercussão geral das questões discutidas no caso que se deseja levar ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. Trata-se de um novo critério de admissibilidade desse recurso excepcional para o STF, com origens inegáveis nos mecanismos de contenção norte-americanos.

²⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte Norte-americana: um modelo para o mundo? Op. cit., p. 205. [nota 169]

questão constitucional deva ser apreciada por todos os juízes que compõe o respectivo tribunal ordinário.

Desde os primeiros dias até os atuais, as decisões da Suprema Corte são sempre prolatadas através do voto da totalidade de seus membros (nove juízes) e sua organização funcional não permite a divisão em colegiados menores, como ocorre no Supremo Tribunal brasileiro, através da formação de duas turmas. Naquela Corte, os juízes podem se abster de votar, porém é defeso às partes ou a quem quer que seja – a não ser o próprio magistrado – argüirem suspeição ou impedimento²¹⁰.

Hodiernamente, o Direito norte-americano diminuiu, de certo modo, a exigência conferida pela Suprema Corte. Agora, em alguns tribunais ordinários, ao invés de se obrigar a participação no julgamento da questão constitucional de todos os seus membros, passa-se a cobrar a maioria absoluta ou a maioria qualificada.

Não obstante inexistir qualquer dispositivo constitucional ou legal que vincule os tribunais americanos ao cumprimento dessa obrigação²¹¹ (o que é chamada na doutrina americana de regra do *full bench*), toda construção jurisprudencial estadunidense caminha no sentido de consolidá-la, representando, assim, um dos principais instrumentos de auto-contenção dos tribunais em sede de controle de constitucionalidade dos atos legislativos²¹². Tamanha é a preocupação do Judiciário dos EUA com o *quórum* para as questões constitucionais que, por exemplo, o Tribunal de Apelação do Estado do Kentucky, em 1825, nega-se a seguir o entendimento da Suprema Corte que havia declarado uma lei daquele estado-membro

²¹⁰ Ibid., p. 203.

²¹¹ Importante o registro de que alguns estados-membros estadunidenses, como ocorre com o do Nebraska, a tal regra encontra-se positivada na Constituição Estadual. (BLACK, Henry Campbell. *Handbook of American constitutional law*. 4.ed. St. Paul: West Publishing, 1927. p 63).

²¹² WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*. 2.ed. v. 1, Nova York: Baker, Voorhis and Company, 1929. p. 34.

inconstitucional, porque esse julgamento não foi proferido pela maioria de todos os julgadores da corte²¹³.

Há certas situações em que a obrigatoriedade desse procedimento não é alcançada, tampouco é possível. BLACK²¹⁴ apresenta o caso *Hepburn vs. Griswold*, de 1870, e o *Illinois Cent. R. Co vs. States of Illinois*, de 1892. AMARAL JÚNIOR²¹⁵ lembra um julgado mais recente, de 1982, no qual a Suprema Corte Americana mantém, em *Common Case vs. Schmitt*, a declaração de inconstitucionalidade exarada na instância inferior, diante de um plenário efetiva e rigorosamente dividido (quatro a quatro).

Contudo, a prática atual da Suprema Corte Americana ainda caminha no sentido da cautela, da relutância e da prudência do exercício da fiscalização dos atos legislativos e, portanto, da utilização desse instrumento de auto-contenção. ABRAHAM²¹⁶ observa que, analisando apenas a aferição da constitucionalidade de leis federais, a Suprema Corte Americana, entre 1986 e 1997, produz dezesseis declarações de inconstitucionalidade, todas elas respeitando a regra da obrigatoriedade de participação de todos os membros do tribunal.

Sem dúvida, a regra da obrigatoriedade do julgamento pela totalidade ou maioria dos membros do tribunal é, para o modelo difuso americano, uma fórmula eficaz de definição de condicionantes para a atuação do juiz constitucional. Diz-se para o sistema americano, porque a Suprema Corte não exerce o controle concentrado, tampouco fiscaliza, em grau de apelação, todas as declarações de inconstitucionalidade dos tribunais inferiores. Nesse sentido, uma decisão na qual participa a totalidade ou a maioria (absoluta ou qualificada) dos membros do tribunal simboliza um posicionamento maduro e democrático, refletindo, certamente, um grau de

²¹³ Loc. cit.

²¹⁴ BLACK, Henry Campbell. *Handbook of American Constitutional Law*. Op. cit. p 62. [nota 211]

²¹⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 23.

²¹⁶ ABRAHAM, Henry J. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England, and France*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 305 et seq.

aceitabilidade muito mais elevado, o que lhe dará, por certo, a digna justificativa para a sua atuação.

Como foi dito perfunctoriamente alhures, outra característica do controle difuso, no molde estadunidense, consiste-se na disposição de que os tribunais só enfrentam a questão constitucional se essa realmente for necessária para a solução do litígio concreto. Nesse cenário, se houver outra forma de analisar o caso concreto ou se a declaração de inconstitucionalidade não trazer qualquer resultado prático para os litigantes, então a lei continuará sendo aplicada, na medida em que a continuidade de sua validade não trazer danos para as partes envolvidas²¹⁷.

Por isso, a inconstitucionalidade há de ser clarividente; a declaração de inconstitucionalidade jamais deve ser feita se houver dúvida quanto à incompatibilidade da lei com a Carta Suprema.

Finalmente, consigne-se a outra característica muito marcante do modelo difuso americano: o princípio do respeito aos precedentes.

No modelo estadunidense, as decisões proferidas pelos tribunais americanos vinculam, em casos análogos aos julgados, os tribunais inferiores. Assim, uma decisão da Suprema Corte vinculará as decisões, em situações similares, dos Tribunais de Apelação. Conseqüentemente, as decisões, porventura prolatadas pelos Tribunais de Apelação, refletirão, de forma vinculativa, nos Tribunais Distritais. É o mecanismo do *stare decisis*.

O respeito ao princípio do vínculo aos precedentes (*stare decisis*) proporciona um tratamento adequado à exigência da segurança jurídica, na medida em que tentar impedir a existência de julgamentos conflitantes dentro do próprio Judiciário.

²¹⁷ PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho Constitucional Comparado*. Op. cit., p. 431. [nota 10]

Como observa CAPPELLETTI²¹⁸, o *stare decisis* funciona de tal modo que a intervenção de um tribunal, principalmente a Suprema Corte, em questões de inconstitucionalidade, proporcionaria, na hipótese positiva, uma real decisão com efeitos *erga omnes*. Assim, não se limita tal julgamento a não aplicar a lei no caso concreto, mas a definir implicitamente uma abrangência vinculativa para outros casos. Eis a razão em afirmar que, quando a Suprema Corte americana decide pela inconstitucionalidade de uma lei federal em determinado julgamento encerra-se, como consequência, a aplicação daquela norma inquinada, em todo o território dos Estados Unidos da América²¹⁹.

O supracitado autor relaciona, por isso, uma série de dificuldades em se transportar o método difuso americano para os países de origem romanista, como é o caso do Direito brasileiro, que não adotam o princípio do respeito aos precedentes (*stare decisis*). A dita importação - defende o autor - gera a principal consequência que é uma mesma lei ser inconstitucional para alguns juízes e tribunais e, noutra banda, aplicadas por outros²²⁰. O chamado “contraste de tendências” é realmente muito perigoso, porque macula a segurança jurídica e a continuidade constitucional.

Esse assunto - pede-se licença ao leitor - será objeto de uma análise mais profunda nos capítulos seguintes, mas certamente é algo que merece ser levado em consideração na análise da jurisdição constitucional dos países que adotam o sistema difuso ou o misto, como ocorre com o Brasil.

Entretanto, forçoso consignar, a fim de manter a fidelidade teórica do presente trabalho, que o princípio do respeito aos precedentes nos Estados Unidos da América, diferentemente do

²¹⁸ CAPPELLETTI, M. *Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Op. cit., p. 77. [nota 53]

²¹⁹ PELAYO, G. *Derecho Constitucional Comparado*. Op. cit., p. 431. [nota 10]

²²⁰ CAPPELLETTI, M. *Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado* Op. cit., p. 77. [nota 53]

que ocorre na Inglaterra, não é mais encarado de forma estanque. Utilizando-se de um neologismo muito habitual nos tempos atuais, o sistema judiciário americano tem “relativizado” o *stare decisis*, principalmente em questões constitucionais.

Na Inglaterra, o princípio da fidelidade ao precedente é rigorosamente obedecido²²¹. Nesse país, esta idéia funda-se na posição de que para a certeza da lei, e para se atingir esse grau de certeza (segurança jurídica), permite-se sacrificar o ideal de justiça, em casos excepcionais.

O resultado desta auto-limitação, em detrimento do sentimento do justo, justifica-se pelo fato de que a legislação seria necessária para se evitar os efeitos de um julgamento equivocado da Câmara dos Lordes²²². Porém, essa não é a visão americana do *stare decisis* e nem pode ser.

Para os juristas do Novo Mundo, tendo o seu Estado como alicerce o Texto Constitucional, sabe-se que um equívoco na interpretação judicial da Constituição não pode ser revisto pelo Parlamento, ao contrário do que ocorre na Inglaterra, na medida em que o próprio “Tribunal Constitucional” (Câmara dos Lordes) dele o faz parte.

Desse modo, a revisão de uma posição equivocada de um tribunal americano só pode ser concretizada por uma corte superior, dentro do próprio Judiciário. Contudo, uma decisão incorreta da Suprema Corte americana só poderá ser corrigida por ela própria, em outro caso similar posterior.

A história constitucional americana tem inúmeros exemplos de que é acertada a idéia de uma ponderação no cumprimento do princípio da fidelidade dos precedentes. Além da mudança de entendimento sobre dos pacotes de medidas do *New Deal*²²³, registre-se a modificação que a Suprema Corte americana apresenta nas questões de segregação racial, a partir de 1944.

²²¹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Op cit., p. 198. [nota 82]

²²² Ibid., p. 199.

²²³ Vide páginas 55 e 56 do presente trabalho.

Entre 1896 até 1954, a sociedade americana é fortemente influenciada pela doutrina *Separate but equal*, assim concebida como aquela que admite a separação, o isolamento entre negros e brancos. TAVARES²²⁴ registra que o primeiro precedente da Suprema Corte americana que dá origem a essa absurda tese é *Roberts vs. City of Boston*, em 1859, consolidando o impedimento de uma criança negra em freqüentar uma escola fundamental destinadas aos alunos brancos (*allwhite school*). Em 1896, eis o famigerado caso *Plessy vs. Ferguson*, oportunidade na qual a Suprema Corte determina que as companhias ferroviárias do Estado da Louisiana providenciem vagões diferentes para brancos e negros²²⁵.

Se persistisse essa tendência jurisprudencial discriminatória – enfim sobrestada com o julgamento outrora mencionado de *Brown vs. Board Education of Topeka* - certamente a Suprema Corte Americana teria uma série de dificuldades de legitimação popular, o que faria com que as decisões do intérprete maior da Constituição dos Estados Unidos da América não atingissem a aceitação razoável para o equilíbrio entre os poderes.

Diz-se que quando a Suprema Corte modifica sua posição, de maneira contraposta, o precedente é *overruled*²²⁶. Em alguns casos, a fim de se evitar o constrangimento de revogar o precedente, a Suprema Corte utiliza-se da técnica conhecida como *distinguish*, indicando justificadas diferenças entre o caso em análise e o precedente análogo utilizado como paradigma²²⁷.

No caso *Brown vs. Board Education of Topeka*, fez-se necessário que a Suprema Corte americana buscasse o afastamento do precedente *Plessy vs. Ferguson*, o que se alcançou ao

²²⁴ TAVARES, André Ramos. Jurisprudência Constitucional norte-americana sobre igualdade e ações afirmativas: análise evolutiva e crítica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. v. 2, São Paulo: Método, jul.-dez. 2003. p 295.

²²⁵ *Ibid.*, p 296.

²²⁶ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. A Suprema Corte Norte-americana: um modelo para o mundo? *Op. cit.*, p. 207. [nota 169].

²²⁷ *Loc. cit.*

defender que a doutrina “*separados mas iguais*” não teria aplicação no campo do ensino público, porquanto a oportunidade educacional separada é desigual²²⁸.

Indiscutivelmente, o exercício da razoabilidade na aplicação do princípio do respeito aos precedentes, ainda mais em se tratando de interpretação constitucional, faculta aos tribunais uma contínua re-avaliação de seus julgamentos, adequando-os, sempre que necessário, às novas realidades sociais.

A relativização do *stare decisis* no controle difuso aproxima a jurisdição dos fenômenos da mutação constitucional e do sempre latente sentimento de justiça. Todavia, o abrandamento do respeito aos precedentes não pode ser banalizado, a ponto de, se assim o for, prejudicar sobremaneira a credibilidade da atividade jurisdicional de fiscalização e garantia da Constituição.

Como observa SCHWARTZ, transcrevendo as palavras do juiz Roberts da Suprema Corte americana em 1944, no voto vencido no caso *Smith vs. Allwright*, a disposição do Tribunal em revogar as decisões equivocadas pretéritas “(...) tende a colocar as sentenças desse tribunal na mesma classe que uma passagem ferroviária restrita, que serve apenas para esse dia e esse trem”²²⁹.

Vê-se, nessas breves palavras, o quanto o sistema difuso, de roupagem norte-americana, é dotado de peculiaridades. Sua edificação difusa, concreta, *a posteriori* (por via de exceção) e sempre acobertada pelo manto da coisa julgada, influencia e informa muitos outros países a fazê-lo e instituí-lo, como são os casos do Canadá, Argentina, Noruega, Suécia, Dinamarca, Suíça, Japão, Austrália, Portugal e Brasil.

²²⁸ Eis um trecho da decisão do *Chief* Earl Warren no caso supracitado: “Estas considerações aplicam-se, com força acrescida, a crianças das escolas médias e superiores. Separá-las de outras crianças, de idade e qualificações semelhantes apenas devia à sua raça, gera um sentimento de inferioridade quanto ao estatuto da comunidade, que pode afetar os seus sentimento e pensamentos de um modo irreversível. O efeito dessa separação nas suas oportunidades de instrução ficou bem demonstrado no caso de Kansas numa decisão em que, não obstante, aquele tribunal se sentiu compelido a decidir contra as queixas dos negros”. (WARREN, Earl. Escola de todas as cores. *Sub Judice* – Justiça e sociedade, n 12, jan.-jun. 1998. Coimbra: Fundação Luso-americana, 1999. p. 79.

²²⁹ SCHWARTZ. *Direito Constitucional Americano*. Op. cit. p. 201. [nota 82].

Porém, a severa crítica de CAPPELLETTI²³⁰, sobre o problema da transposição do modelo americano para países de origem romanista, torna-se muito mais evidente no instante em que se verificam sérios problemas de adaptação às outras realidades jurídicas, como o do princípio da obrigatoriedade ao respeito dos precedentes (*stare decisis*), dos critérios de admissibilidade do acesso à Corte Suprema, da exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade e, porque não dizer, do próprio organograma judiciário norte-americano.

Por outro lado, a racionalidade do sistema difuso e a essência realmente democrática que ele oferece lhe garantem um *status* diferenciado face ao modelo concentrado. Isto porque se percebe claramente a potencialidade e a aptidão, por parte dos cidadãos assim representados por litígios concretos (do dia-a-dia da sociedade) em oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

Diferentemente do modelo concentrado, acastelado apenas nos Tribunais Constitucionais, o controle difuso permite um maior diálogo com a sociedade sobre as questões constitucionais. Eis que se pulveriza o poder-dever aos juízes de todos os tribunais de fazê-lo, quando instados a resolver casos no qual a incompatibilidade da norma à Constituição é uma fase inevitável no processo de distribuição de justiça.

Dentro de uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia) e ciente de que se está diante de uma sociedade aberta e plural, a proteção da constitucionalidade e o exercício da concretização da Constituição devem ser distribuídos na sociedade, não só à cúpula do poder, mas para uma outra série de intérpretes, co-participes do jogo democrático. Se “quem vive a

²³⁰ CAPPELLETTI, M. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Op. Cit., p. 77-78. [nota 53]

norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la”²³¹, nada mais coerente do que permitir que os juízes e tribunais ordinários possam também fazê-lo e, conseqüentemente, a partir dos conflitos a que são submetidos a julgar, estejam autorizados a concretizar o papel de defensores do Texto Constitucional.

Crê-se que, assim, a justificação da jurisdição constitucional, dentro de uma concepção de Estado Democrático de Direito, não se traduz, tão somente, no alargamento de instrumentos para atuação das Cortes Constitucionais, mas na autorização para que juízes e tribunais ordinários, sob os efeitos dessa onda democrática e diante da necessidade de um julgamento concreto (pacificação dos conflitos), realizem a efetiva proteção da *Lex Fundamentalis*.

²³¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p 13.

CAPÍTULO III

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO BRASILEIRO: ORIGEM, EVOLUÇÃO E OUTROS ASPECTOS RELEVANTES.

Depois de consolidada a importância contemporânea do estudo da Jurisdição Constitucional, transpostas as dúvidas sobre as raízes justificadoras de sua atuação frente aos demais poderes do Estado (com enfoque na modalidade difusa), torna-se premente realizar uma análise da origem e evolução do controle de constitucionalidade difuso brasileiro para posicionar o leitor, aí sim, após uma apreciação de seus aspectos hodiernos relevantes, no ápice da presente obra, qual seja a tentativa de acomodação de um novo instrumento (híbrido) de aferição da constitucionalidade.

Se a intenção desse trabalho é realizar uma análise do controle difuso brasileiro e buscar, no campo das hipóteses científicas, formas de melhor convivência com o método concentrado (inclusive com a intenção de vencer essa desmedida bipolarização), tornar-se-á essencial conhecer as entranhas dessa intervenção concreta, mesmo que para isso seja necessário se recorrer, sem parecer conflitante, como no capítulo anterior, à experiência norte-americana.

3.1 Origem (Constituição Brasileira de 1891)

Viu-se, como exposto na parte final do capítulo anterior, que o modelo difuso de constitucionalidade é inserido no Brasil por influência da experiência norte-americana. Mais precisamente, a própria introdução do controle de constitucionalidade no Brasil, através da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, dá-se, primeira e tão somente, na modalidade difusa.

A opção difusa vislumbra-se facilmente, mediante uma análise sistemática, na Constituição Federal de 1891, a saber: (1) criação do Supremo Tribunal Federal (art. 56²³²), com competência recursal (art. 59, inciso II²³³ e §1º, alínea *b*); (2) a criação e definição de competência da Justiça Federal (art. 60²³⁴).

Por se tratar de uma inovação na ordem jurídica nacional, dúvidas e questionamentos surgem nos primeiros anos de sua vigência. Todavia, BARBOSA trata de dissipá-los em 1893, na obra *Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*.

Além de defender, como se vê no capítulo anterior, que a Constituição dos Estados Unidos da América não possui dispositivo em seu texto que garanta explicitamente o controle jurisdicional da constitucionalidade (e, mesmo assim, o *judicial review* é consolidado pelos norte-americanos), o jurisconsulto observa uma particularidade no caso da Constituição brasileira de 1891: a redação é clarividente, porquanto reconhece não só a competência de fiscalização da constitucionalidade da justiça federal, como também a dos Estados e, via recursal, o do Supremo Tribunal Federal²³⁵.

A Constituição brasileira de 1891, sob o tema do controle de constitucionalidade, não diverge de outras Cartas Políticas Nacionais a ela contemporâneas – a Constituição Mexicana de 1857²³⁶, a Constituição Argentina de 1860²³⁷ e a Constituição da Bolívia de 1871²³⁸. A referida

²³² Art. 56 – “O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado”.

²³³ Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60.

Art. 59, § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

²³⁴ Art.60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

²³⁵ BARBOSA, Rui. Op. Cit. p. 53. [nota 187].

²³⁶ “Art. 101: Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: 1º por leyes ó actos de cualquiera autoridad, que violen las garantías individuales; 2º por leyes ó actos de la autoridad federal, que

similitude também se verifica na Constituição Venezuelana de 1874, em seus artigos 89 e 90, e na do Haiti, de 1879, em seu artigo 156, no qual prescreve que “os juízes recusarão aplicar as leis inconstitucionais”²³⁹.

Sob a vigência da Constituição de 1891, o Brasil dá os seus primeiros passos republicanos. Porém, durante o período de sua vigência, de sua promulgação até o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que marca o fim da Primeira República, são inúmeras as situações de instabilidade institucional, marcadas principalmente pelos excessos dos atos do Executivo – dentre estes, algumas decretações de Estado de Sítio.

Por exemplo, em 1892, o Marechal Vice-Presidente Floriano Peixoto decreta Estado de Sítio no Distrito Federal, então localizado no Rio de Janeiro. Como o Congresso está em recesso, o então presidente em exercício determina a mencionada medida emergencial e, assim, suspende uma série de garantias e liberdades individuais. Em razão desse acontecimento, Rui Barbosa impetra um *Habeas Corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal, tombado sob o nº 300, tendo como pacientes o Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros cidadãos. Estes, indiciados por crimes de sedição e conspiração, são presos e desterrados²⁴⁰.

Tendo como relator o Ministro Costa Barradas, o mencionado remédio constitucional é julgado na sessão de 27 de abril de 1892, sendo negada a ordem, por maioria. Nessa

vulneren ó restrinjan la soberanía de los estados; 3º por leyes ó actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal”. In: BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. 2 ed. Campinas: Russel, 2004. p. 69. Trad.: “Os tribunais da federação resolverão toda controvérsia que suscite: 1º- por leis ou atos de qualquer autoridade, que violem garantias individuais; 2º por leis ou atos de autoridade federal, que vulnerem ou restrinjam a soberania dos Estados; 3º por lei ou atos das autoridades destes, que invadam a esfera da autoridade federal.”

²³⁷ “Art. 100 – (...) corresponde a la corte suprema i à los tribunales inferiores de la nación el conocimiento i decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. In: BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Op. Cit. p. 69. [nota 187]. Trad.: “(...) compete à Corte Suprema e aos tribunais inferiores da nação o conhecimento e decisão de todas as causas que versem sobre matérias regidas pela Constituição”.

²³⁸ “Art. 82, §2º- “corresponde a la corte de casación conocer de los negocios de puro derecho, cuya decision dependa de la constitucionalidad ó inconstitucionalidad de las leyes”. In: BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. 2 ed. Campinas: Russel, 2004. p. 69. Trad.: “Compete à corte de cassação conhecer dos assuntos puramente jurídicos, cuja decisão dependa da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis ”.

²³⁹ BARBOSA, Rui. *Ibid.*, p. 70.

²⁴⁰ COSTA, Edgard. *Os Grandes Julgamentos*. v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. p 29.

oportunidade, com apenas um ano de vigência da nova Constituição, o Supremo Tribunal Federal entende que não pode analisar as medidas emergenciais (estado de sítio) tomadas pelo Presidente da República, antes do juízo político do Congresso Nacional²⁴¹.

Outra situação interessante é, para fins de análise de atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função de fiscal da Constituição, o julgamento do *Habeas Corpus* n° 406, ocorrido em duas sessões (respectivamente, em 02 e 09 de agosto de 1893). A supracitada ação é impetrada, da mesma forma, por Rui Barbosa, em favor de David Ben Obill, Francisco da Silva, Américo Amaro da Silva e outros. No total, quarenta e oito cidadãos brasileiros e estrangeiros, todos civis, recolhidos às fortalezas de Santa Cruz e Lage, presos por militares cumprindo ordem do Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, a bordo do navio mercante “Júpiter”, capturado no litoral de Santa Catarina. Presos por crime militar inafiançável, ficam retidos ilegalmente, sem nota de culpa e à disposição da Justiça Militar, incompetente para julgá-los²⁴². O Supremo Tribunal Federal, ainda de forma tímida, concede, por maioria, a ordem, instaurando ser inconstitucional o ato que enquadrava as supostas infrações cometidas, sendo eles todos civis, da competência da Justiça Militar.

Entretanto, sob o prisma da novel atribuição conferida pela Constituição de 1891, o julgamento do *Habeas Corpus* n° 410, em 12 e 16 de agosto de 1893, é certamente, senão um dos primeiros, o mais significativo dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal que consolidam a prerrogativa da aferição da constitucionalidade das leis e dos atos pelo Poder Judiciário²⁴³. Novamente impetrado por Rui Barbosa, agora em favor do Imediato do navio mercante “Júpiter”, Sr. Mário Aurélio da Silveira, civil, também preso por ordem do Marechal Floriano Peixoto,

²⁴¹ BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Op. cit., p 17. [nota 187].

²⁴² BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. v. XX, 1893, t. V, Rio de Janeiro: MEC, 1958. p. 291.

²⁴³ *Ibid.*, p. 297-301.

sendo esse paciente remetido, em idêntica situação da do supracitado *Habeas Corpus* n° 406, para a Fortaleza da Ilha de Cobras²⁴⁴.

Instado a se pronunciar, o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro José Hygino, não só concede a ordem e, ato contínuo, a determinação da soltura do paciente, bem como reconhece fortemente a incumbência do Poder Judiciário em verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos concretos e, como consequência, negar-lhes vigência, se incompatíveis com a Constituição²⁴⁵.

²⁴⁴ Loc. Cit.

²⁴⁵ Dado o seu caráter histórico, forçoso transcrever, com as venias de estilo, breve trecho do acórdão do supracitado *Habeas Corpus* n° 410: “Considerando: (1) Que incumbe aos Tribunais de Justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país; (2) Que este dever não só decorre da índole e natureza do Poder Judiciário, cuja missão cifra-se em declarar o direito vigente, aplicável aos casos ocorrentes regularmente sujeitos à sua decisão, se não também é reconhecido no art. 60, letra “a”, da Constituição que inclui na competência da Justiça Federal o processo e julgamento das causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição Constitucional; (3) Que a não aplicação de um Decreto regulamentar ou ato legislativo a casos ocorrentes, sob o fundamento de inconstitucionalidade não importa a revogação do mesmo ato, a qual formalmente só pode competir ao Poder de quem ele emana; (4) Que, para firmar-se a competência do foro da Marinha, não podem ser invocadas as regras estabelecidas no Código Penal da Armada de 7 de março de 1891; porquanto o dito Código se funda no Decreto de fevereiro do mesmo ano que autorizou o Ministério da Marinha a reformar o primeiro Código da Armada de 5 de novembro de 1890, e uma tal autorização não tendo sido utilizada, durante o período do Governo Provisório e ditatorial, não podia mais sê-lo, como aliás o foi, no período constitucional; (5) Que, com efeito, o artigo 83 da Constituição manda somente vigorar as leis anteriores que forem compatíveis com o novo regime e, sendo um dos princípios fundamentais da ordem constitucional a separação dos poderes e a privativa competência do Congresso para legislar, a autorização legislativa contida naquele Decreto caducou, ex-vi da promulgação da Constituição, faltando assim ao Código de 7 de março toda a base legal; (6) Que não vigorando também o primeiro Código Penal da Armada de 5 de novembro de 1890, indefinidamente suspenso pelo Decreto de 4 de fevereiro do ano seguinte, a competência do foro comum e a do foro especial militar se discriminam em face das disposições do Código Penal comum e das leis militares em vigor; (7) Que a lei n° 631 de 18 de setembro de 1851 é a única que, alargando o conceito do crime militar estritamente fixado pela provisão de 20 de outubro de 1834, declarou militar certos crimes cometidos por paisanos e sujeitou os delinquentes, ainda quando não seja militar, ao julgamento dos Conselhos de Guerra; (8) Que, segundo o art. 1° da mesma lei os paisanos sujeitos à justiça militar são somente os que no caso de guerra externa e no território, onde tiverem lugar as operações do exército, cometerem os seguintes crimes: — 1° espionagem; 2° sedução de praças que façam parte das forças do governo, para que desertem para o inimigo; 3° sedução de praças para que se levantem contra o Governo ou os seus superiores; 4° ataque dirigido contra as sentinelas; 5° penetrar nas fortalezas por lugares desfeitos; que o paciente não pode ser compreendido em nenhum dos casos excepcionais mencionados no art. 1° da lei citada; porquanto, falta na hipótese a circunstância elementar do estado de guerra externa; (9) Que, além disto, dos cinco delitos ali declarados, dois — os dos números 2 e 3 — cessarão de ser militares quando cometidos por paisanos, ainda mesmo em estado de guerra externa. Com efeito, o Código Penal comum prevê e define nos arts. 91, 92 e 93 os crimes de sedução de praças para deserção ou para se levantarem contra o Governo, em tempo de paz ou de guerra, e como o mesmo Código só compreende os crimes civis, segundo decorre do seu art. 6°, 1. b, segue-se que os paisanos acusados daqueles delitos não podem ser processados e julgados no foro militar; (10) Que, assim, nenhum princípio ou regra de direito há, sobre que assente, no caso vertente, a competência do foro militar para tomar conhecimento do delito ou delitos imputados

Talvez em razão das incertezas da força do Judiciário sobre os assuntos de compatibilidade das leis à Constituição, o Congresso Nacional faz-se mais objetivo ainda, através da criação da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, cuja finalidade consiste em organizar a Justiça Federal da República. Em seu texto, mais precisamente no artigo 13, crê-se estar diante, de acordo com POLETTI²⁴⁶, do primeiro instrumento normativo nacional infraconstitucional que determina a inaplicabilidade, por juízes ordinários, de lei e decreto contrários ao Texto Constitucional²⁴⁷.

A vigência da Constituição Federal de 1891 é certamente abalada, do ponto de vista de continuidade, com a eclosão, em 03 de outubro de 1930, do movimento revolucionário, assim capitaneado por Antônio Carlos, João Pessoa e Getúlio Vargas, presidentes dos Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, respectivamente. Com a derrocada, em 24 de outubro de 1930, do Presidente de República Júlio Prestes, o Brasil passa a ser governado por uma junta governativa provisória, composta por membros do Exército e da Marinha que, menos de um mês depois, transfere a chefia do governo central para Getúlio Vargas²⁴⁸.

ao paciente; que, por outro lado, contra o paciente não prevalece a exceção estabelecida do art. 47 do Decreto 848 de 11 de outubro de 1890, que inibe o *habeas corpus*, quando a prisão é decretada por autoridade militar, nos casos de jurisdição restrita e contra indivíduos da mesma classe ou de classe diferente, mais sujeitos a regimento militar; porquanto, não se dando caso de jurisdição restrita militar e não sendo o paciente militar nem pertencendo a classe sujeita a regime militar; é manifesto, que não se verificam as condições do citado artigo 47; (11) Que, finalmente, a prisão militar e a incompetência de foro onde o paciente responde constitui constrangimento ilegal, nos termos do artigo 353 §§ 3º e 4º e do art. 18 da lei de 20 setembro de 1871; e têm, portanto cabimento o *habeas corpus* conforme o preceito do art. 72, § 23 da Constituição, que manda dar sempre que alguém sofrer ou estiver em iminente perigo de sofrer coação ilegal; Assim, deferem a petição de fls. 2 e mandam que se passe ordem de soltura a favor do paciente”. Loc. Cit.

²⁴⁶ POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das leis*. Op. cit. p. 78. [nota 182]

²⁴⁷ Art. 13 – “Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União”. §10 - “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

²⁴⁸ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 54.

Em 14 de maio de 1932, edita-se o Decreto nº 21.402, no qual se estipula uma data para novas eleições à Assembléia Nacional Constituinte, cuja instalação estava prevista para o início de maio de 1933²⁴⁹.

3.2 Evolução

Desde o marco inicial da Revolução de 1930 até ano de 1934, o Brasil sofre mais um momento de turbulência institucional e de autoritarismo, traduzida por intermédio de Governos Provisórios. Noutra banda, a “revolução constitucionalista” em São Paulo, no ano de 1932, o superveniente emprego de armas e a prevalência do poder central marcam esse período que antecede a promulgação da Constituição Federal de 16 de julho de 1934²⁵⁰.

3.2.1 A Constituição de 1934

Inspirada na experiência Mexicana de 1917 e de Weimar, de 1919, a Constituição de 1934 simboliza o marco inaugural do período do constitucionalismo social brasileiro²⁵¹. Além da separação de poderes e da consolidação do regime republicano e federativo, essa nova Lei Maior surge com novos temas, de foco social, como é o caso do regramento da família, da educação, da cultura, etc. Como pontua BONAVIDES²⁵², essa Constituição inaugura, no plano nacional, uma nova conotação para os direitos fundamentais, através do que se poderia falar em direitos segunda dimensão (geração).

²⁴⁹ Loc. Cit.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 331. [nota 19]

²⁵¹ DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*. Bauru: Jalovi, 1986. p. 177.

²⁵² BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 332. [nota 19]

No que concerne ao controle de constitucionalidade difuso, a Constituição de 1934 traz duas sensíveis alterações: (a) a atribuição para o Senado Federal suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva (art. 91, inciso IV, da CF/1934); e (b) a regra segundo a qual os tribunais – como requisito para análise de uma questão constitucional – devem ter como *quorum* de julgamento a maioria absoluta de seus membros (art. 179, da CF/1934²⁵³).

Dentre as mencionadas inovações, a primeira (nova competência do Senado) resolve, pelo menos em parte, dois problemas que a ordem jurídica constitucional nacional enfrentava: (1) Por não ser o Brasil um país que adotava o *common law*, não existia a tradição da força dos precedentes; assim, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto da constitucionalidade, não obrigava os juízes e tribunais ordinários a respeitá-lo; com a nova medida, o Senado Federal tornou-se competente para, se assim entendesse conveniente, analisar a declaração jurisdicional de inconstitucionalidade no caso concreto e, ato contínuo, suspender, com efeito *erga omnes*, a eficácia daquela lei invalida *inter pars*; (2) ademais, essa nova competência do Senado Federal abrandava as possíveis tensões entre o Parlamento e o Judiciário, facultando ao Legislativo estender ou não, como bem lhe conviesse, os efeitos de uma decisão prolatada em pleno exercício de uma atividade jurisdicional típica²⁵⁴.

Além disso, cria-se a representação interventiva²⁵⁵ (caso específico de controle por via principal e concentrado²⁵⁶) e é mantida a competência do Supremo Tribunal Federal como instância extraordinária e última em matéria constitucional (art. 76, inciso III, alíneas “b”, “c” e

²⁵³ Art 179 da CF de 1934 – “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

²⁵⁴ POLLETTI, R. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 80. [nota 182]

²⁵⁵ (CF/1934) Art 12 – “A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais”; (...) § 2º - “Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”.

²⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 58. [nota 150].

“d”, da CF/1934). A Constituição de 1934 insere também, dentre as garantias individuais, o mandado de segurança²⁵⁷, mas, paralelamente, proíbe, infelizmente, que o Poder Judiciário venha a conhecer de questões exclusivamente políticas (art. 68, da CF/1934²⁵⁸).

Mas, sabe-se que é um curto período de continuidade constitucional, posto que, em 10 de novembro de 1937²⁵⁹, surge o estado de exceção – a ditadura unipessoal do Estado Novo – regime cuja Constituição outorgada nem sequer foi cumprida pelos titulares do poder²⁶⁰.

3.2.2 Carta Constitucional de 1937

Para DANTAS²⁶¹, a Carta Política de 1937 está inserida dentro do período denominado constitucionalismo aparente. Para HORTA²⁶², dá-se como uma típica Constituição Semântica, porque criada tão somente para servir os interesses do detentor do poder.

Tratando-se de uma Carta Constitucional típica de um regime autoritário e ditatorial, há, propositadamente, um nítido aumento das atribuições e prerrogativas do Chefe do Poder Executivo. Formalmente, no campo do Judiciário, em especial, no do controle de constitucionalidade, mantêm-se alguns mecanismos formais: a exigência de *quorum* especial (reserva de plenário) para a apreciação, por parte dos tribunais, das questões de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do executivo (art. 96, da CF/1937); bem como ao Supremo Tribunal Federal permanece a competência para o julgamento, mediante recurso extraordinário, de matérias constitucionais (art. 101, inciso III, alíneas “b” e “c”, da CF/1937).

²⁵⁷ Art. 113, inciso XXXIII, da CF/1934.

²⁵⁸ (CF/1934) Art 68 – “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

²⁵⁹ Diz-se que a Carta do Estado Novo foi redigida pelo jurista Francisco Campos, recebeu influência da Constituição polonesa, de 1935, da Constituição castilhana de 1891 e da “Carta del Lavoro” italiana. (CERQUEIRA, Marcelo. *Cartas Constitucionais – Império, República e Autoritarismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 67).

²⁶⁰ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional* Op. cit., p. 332. [nota 19]

²⁶¹ DANTAS, Ivo. Op. cit., p. 177. [nota 251]

²⁶² HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 54.

Todavia, há um duro retrocesso quanto à essência e independência do controle jurisdicional de constitucionalidade. A Constituição de 1937 reduz a uma parcela ínfima a força do Judiciário em questões de incompatibilidade da lei ao Texto Constitucional.

Conforme revela BASTOS²⁶³, uma vez declarada uma lei inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, essa norma pode ser, a juízo do Presidente da República, novamente submetida ao Legislativo, com a prerrogativa de, por maioria de dois terços, não concordar com a decisão do Supremo e desconstituir a declaração de inconstitucionalidade outrora realizada²⁶⁴. E, assim o sendo, estaria sem efeito a decisão do Judiciário, com a alteração implícita da Constituição por intermédio da lei revigorada pelo Parlamento²⁶⁵.

A defesa desse instituto, como informa MENDES²⁶⁶, dá-se por meio da justificativa do aspecto supostamente antidemocrático da jurisdição. Porém, ao invés do Parlamento, quem exerce essa prerrogativa é o Presidente da República, mediante a edição de decretos-leis²⁶⁷.

²⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 192. [nota 03]

²⁶⁴ Art. 96, Parágrafo Único – CF/37 - “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

²⁶⁵ Havia juristas reconhecidos da época que defendiam tal absurda inovação, a saber: “a subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido do caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo”. (MOTTA FILHO, Cândido. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista Forense*. v. LXXXVI, ano XXXVIII, fascículo 455, maio 1941. Rio de Janeiro: Forense, 1941. p. 277.

²⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 34, n. 134, abr.-jun. 1997. Brasília: Senado Federal, 1997. p. 16.

²⁶⁷ Gilmar Ferreira Mendes apresenta, na obra supracitada, o exemplo de um decreto-lei promulgado pelo Presidente da República, Getúlio Vargas, com a finalidade de suprimir o Parlamento e, *per se*, anular a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Eis o Decreto-Lei nº 1.564, de 05/09/1939: “O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo. Considerando que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União na sua de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; Considerando que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão eqüitativa de ônus do imposto, DECRETA: Artigo Único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros

O Texto Constitucional, além de reproduzir, como fora em 1934, a proibição do Poder Judiciário na análise de questões exclusivamente políticas (art. 94, da CF/1937), também abole a Justiça Federal, transferindo toda a sua competência para as Justiças dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 107). Por fim, e o mais grave, retira totalmente do controle do Judiciário os atos praticados pelas autoridades e governantes sob a égide do estado de emergência ou do estado de guerra²⁶⁸.

Para se ter uma idéia da instabilidade democrática que norteia o Estado Novo, vê-se que, em 16 de maio de 1938, através do Decreto-Lei Constitucional nº 02, o Presidente da República Getúlio Vargas, restabelece, por tempo indeterminado, a faculdade constante no art. 177²⁶⁹, da Carta de 1937. Prerrogativa esta que só é revogada em 07 de novembro de 1945, mediante o Decreto-Lei Constitucional nº 12, mais precisamente oito dias após a morte de Getúlio Vargas e a entrega do poder, sob a alcunha de uma “ditadura togada”²⁷⁰, ao então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares²⁷¹.

Ultrapassados mais de oito anos da promulgação da Constituição de 1937 e depois do fim Segunda-Guerra Mundial, eis que em 29 de outubro de 1945, dá-se um novo golpe de Estado, inaugurando-se outra fase de uma tentativa de reconstrução constitucional²⁷².

tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos. Rio de Janeiro, 5 de setembro de 1939, 118º da Independência e 51º da República.” (Ibid., p. 36).

²⁶⁸ Art 170 – CF/37 – “Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais”.

²⁶⁹ O art. 177, da Carta de 1937 outorgava poderes ao Presidente da República aposentar ou reformar funcionários civis e militares, cujo afastamento era definido a critério e juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991. pp. 351-352.).

²⁷⁰ Utiliza-se de tal expressão designar o período entre a deposição e morte de Getúlio Vargas e a escolha de um novo presidente eleito pelo povo e sua respectiva posse em 31 de janeiro de 1946.

²⁷¹ Loc. cit.

²⁷² BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 332. [nota 19].

3.2.3 Constituição de 1946

Eleita em 02 de dezembro de 1945, a Assembléia Nacional Constituinte dá azo ao que se convencionou chamar de Terceira República, tendo como marco inaugural a Constituição Federal de 18 de setembro de 1946.

Ao volver, em seu texto, os avanços das conquistas da Constituição de 1934 e ainda sob a égide das influências do México (1917) e de Weimar (1919), a Constituição de 1946 inicia um processo de redemocratização e desenvolvimento econômico-social, então estagnado pela ditadura do Estado Novo. Tratando-se de controle de constitucionalidade, além de retirar dos arroubos típicos do regime autoritário pretérito, reproduz a exigência de *quorum* especial para a apreciação, por parte dos tribunais, das questões de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do executivo (art. 200, da CF/1946), bem como ao Supremo Tribunal Federal mantém a competência para o julgamento, mediante recurso extraordinário, de matérias constitucionais (art. 101, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da CF/1946). Além disso, ratifica a competência Senado Federal para suspensão da execução, no todo ou em parte, de leis ou decretos declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64/CF1946) e recepciona a possibilidade da representação interventiva, essa típica do modelo concentrado (art. 8º, parágrafo único).

A Constituição de 1946 perdura por um longo período, embora dadas circunstâncias institucionais que o Brasil enfrentara na década de 60 (ascensão e renúncia de Jânio Quadros, posse de João Goulart, instituição do parlamentarismo, retorno do presidencialismo e Golpe

Militar), tenham sido objeto de vinte e uma emendas, seis dessas concretizadas antes da fatídica noite de 01 de abril de 1964²⁷³.

Como se depreende dessa breve passagem aos Textos Constitucionais da história republicana brasileira, da de 1891 até a de 1946, o modelo de controle de constitucionalidade predominante é o difuso. Entretanto, essa prevalência do método difuso é seriamente comprometida com a Emenda Constitucional n° 16, de 26 de novembro de 1965, que altera a Constituição de 1946, já sob os auspícios, como supra dito, do regime militar.

3.2.4 A Emenda Constitucional n°16/65 e a Constituição de 1967

Há indubitavelmente, com a Emenda Constitucional n°16/65, uma inversão de sentido. Se até então o modelo difuso norte-americano é a fonte maior para o controle de aferição de constitucionalidade nacional, o sistema concentrado europeu, com a inserção da ação genérica de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, alínea *k*, da Constituição outrora emendada, passa a dominar. Todavia, essa reforma no Texto Constitucional não suprime as prerrogativas dos juízes e tribunais em realizar o controle de constitucionalidade na modalidade difusa. O que se institui, no regime constitucional brasileiro, é, a partir de então, o modelo misto de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1967 reitera a competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal (art. 114, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*), a cláusula de reserva de plenário para questões constitucionais (art. 111²⁷⁴), mas também, além da representação interventiva (art.11,

²⁷³ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p 61. [nota 248].

²⁷⁴ Art 111 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

§1º, alínea c), ratifica o que fora inserido na Emenda nº 16 da ordem constitucional pretérita, com a ação genérica de inconstitucionalidade (art. 114, inciso I, alínea l).

Contudo, como em toda a ditadura, o esboço de um regime constitucional - como foi a Constituição de 1967 - sucumbe ainda mais com uma série de atos institucionais, dentre eles o Ato nº 2, de 27 de outubro de 1965 e o Ato nº 5, de 13 de dezembro de 1968²⁷⁵. Como recorda HORTA²⁷⁶, paralisam-se os efeitos da Constituição, aniquilam-se a independência e harmonia dos poderes, convertidas numa plena ditadura presidencial. A Constituição de 1967 é vítima de vinte e cinco emendas, desfigurando-a totalmente.

Nessa linha de raciocínio, com a abertura do regime militar, faz-se necessária, como forma de uma verdadeira transformação democrática, a consolidação de uma nova ordem jurídica, com a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte.

3.2.5 A Constituição Federal de 1988

Surge, enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, como dito, é fruto de um processo pactuado de redemocratização, após os “*Anos de Chumbo*”.

No campo do controle de constitucionalidade, a nova Carta Política brasileira consolida e aperfeiçoa o controle misto de constitucionalidade. De um lado, o controle concentrado é ainda mais prestigiado, com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea a, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004), ação declaratória de constitucionalidade

²⁷⁵ O Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, representa um dos maiores atentados àquilo que se poderia denominar de continuidade constitucional, porquanto suspendeu a eficácia dos direitos fundamentais da Constituição de 1967 (art.5º e 11, do AI nº 05), como também suspendeu as garantias constitucionais dos magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade – art. 6º do AI nº 05) e exclui da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o Ato Institucional e efeitos dele decorrentes (art. 11, do AI nº 05). Sobre o tema, vide BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., pp. 788-791. [nota 269].

²⁷⁶ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Op. Cit. p. 61. [nota 262].

(art. 102, inciso I, alínea *a*, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), ação direta interventiva (art. 36, inciso III, com nova redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº3, de 17/03/93 e regulamentado pela Lei nº 9.882/99). Noutra banda, ainda permanece vivo o difuso, porém reduzido o seu significado²⁷⁷, através da competência do Supremo Tribunal Federal em matéria recursal extraordinária (art. 102, inciso III), do novel mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), do princípio da cláusula de reserva de plenário (art. 97) e das atribuições do Senado Federal para suspender a eficácia de uma lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X).

Alguns autores, como é o caso de AGRA, afirmam que o controle difuso teria sido disciplinado de forma indireta na Constituição Federal, a partir, além da competência do recurso extraordinário do Supremo Tribunal Federal, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF)²⁷⁸.

Sob os auspícios da *Lex Fundamentalis* de 1988, sabe-se as Constituições Estaduais trazem para si, simetricamente, o modelo misto de controle de constitucionalidade. Nessa linha de raciocínio, nos moldes do art. 97 da Constituição Federal de 1988, o princípio da reserva de plenário foi reproduzido na quase totalidade das Constituições Estaduais – com exceção das do Espírito Santo e Tocantins - para a declaração de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos através do método difuso, muito embora não seja necessário fazê-lo, porquanto

²⁷⁷ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Controle de Constitucionalidade dos actos normativos: instrumentos, processo e julgamento no ordenamento jurídico brasileiro. *Themis*, ano IV, n. 6. Lisboa: Faculdade de Direito da Nova Universidade de Lisboa. 2003. p. 116.

²⁷⁸ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 519. [nota 46].

aquela disposição da Constituição Federal é auto-aplicável, inclusive para a atuação dos tribunais estaduais.

Confirma-se a referida assertiva nas Constituições dos: Estado da Acre (art.105 – CE/1989); Estado de Alagoas (art. 135 – CE/89); Estado do Amapá (art. 142, §6º - CE/91); Estado do Amazonas (art. 75 – CE/89), Estado da Bahia (134, §3º - CE/89); Estado do Ceará (art. 128 – CE/89); Estado de Goiás (art. 60, §5º - CE/89); Estado do Maranhão (art. 93 – CE/89); Estado do Mato-Grosso (art. 125 – CE/89); Estado do Mato-Grosso do Sul (art. 124 – CE/89); Estado de Minas Gerais (art. 118, §6º - CE/89) e na do Estado do Pará (art. 162, §5º).

Também assim se vê nas do Estado da Paraíba (art. 106 – CF/89); Estado do Paraná (art. 112 – CE/89); Estado de Pernambuco (art. 62 – CE/89); Estado do Piauí (art. 124, §5º - CE/89); Estado do Rio de Janeiro (art. 159 – CE/89); Estado do Rio Grande do Norte (art. 71, §1º - CE/89); Estado do Rio Grande do Sul (art. 92, inciso IX – CE/89); Estado de Rondônia (art. 88, §5º - CE/89); Estado de Roraima (art. 78 – CE/91); Estado de Santa Catarina (art. 84 – CE/89); Estado de São Paulo (art. 90, §§5º e 6º - CE/89); e, Estado do Sergipe (art. 107 – CE/89).

Ainda sob a ótica do controle difuso de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, introduz mais duas modificações: (1) a exigência da repercussão geral como um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (art.102, §3º) ²⁷⁹ e a súmula vinculante (art. 103-A, §§1º, 2º e 3º) ²⁸⁰, que serão discutidos no item “3.3.5” do presente trabalho.

²⁷⁹ Art. 102, §3º - “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

²⁸⁰ Art. 103-A – “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e

3.3 Aspectos Relevantes do Atual Controle Difuso de Constitucionalidade Brasileiro

Como o objetivo do presente arrazoado volta-se à reflexão da inserção ou não do incidente de inconstitucionalidade (ferramenta tipicamente européia) no arquétipo brasileiro de aferição de compatibilidade constitucional das leis e atos normativos, o desenvolvimento dos aspectos relevantes do atual controle difuso nacional (o mais afetado com essa “acomodação”) será, certamente, elementar para a solução que se pretende chegar.

Discute-se muito a necessidade da permanência do método difuso em países que já adotam – como é o caso do Brasil – o controle concentrado. Certamente, o modelo centralizado apresenta, em tese, um maior grau de segurança jurídica, porém está mais sujeito ao processo de estagnação ou de engessamento da interpretação do Texto Constitucional.

Como se ainda não bastasse, como pontua BONAVIDES, a desarticulação ou extinção do método difuso traduz uma “(...) grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador”, porquanto concentra o poder no ápice do Judiciário, tornando o controle de constitucionalidade menos democrático, aberto e independente²⁸¹.

Ademais, constata-se que, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha aumentado sobremaneira as espécies de ação e os legitimados ativos no controle concentrado de constitucionalidade, o modelo difuso ainda é o único a que o cidadão comum tem acesso direto na defesa de seus interesses subjetivos²⁸².

a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

²⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 133. [nota 19].

²⁸² O projeto de lei que disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (nº 2.872/97) e aprovado pelo Congresso Nacional teve alguns de seus artigos vetados pelo então Presidente da República Fernando

Porém, o controle difuso de constitucionalidade brasileiro tem alguns problemas endógenos (na sua concepção de modelo ideal) e exógenos (na sua inter-relação com a ordem jurídica posta, inclusive com o sistema concentrado).

De forma reduzida, apresentar-se-ão, a seguir, os principais pontos para a fundamentação dessa assertiva, fornecendo, assim, ao leitor, os elementos básicos, todavia necessários para a compreensão do incidente de argüição de inconstitucionalidade.

3.3.1 Constitucionalização do Direito

O primeiro sinal de dificuldade do modelo difuso no Brasil decorre da própria analiticidade da Constituição de 1988. Indubitavelmente, há, na elaboração do Texto Constitucional vigente, um processo de constitucionalização de uma série de matérias outrora não imaginadas dentro de uma Carta Política Fundamental. Trata-se do fenômeno da “*Constitucionalização do Direito*”²⁸³.

Para se ter uma idéia, além das normas materialmente constitucionais, a Constituição Federal de 1988 é recheada de várias outras normas alçadas ao plano de dispositivo constitucional, tudo porque foi vontade dos constituintes darem-lhes o *status* de comando maior, como se isso fosse *conditio sine qua non* para o seu respeito e eficiente cumprimento. Essa

Henrique Cardoso. Dentre eles, o inciso II, do art. 2º, que conferia ampla legitimidade para ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental para “qualquer pessoa lesada ou ameaça por ato do Poder Público.” Aquele projeto foi transformado na Lei nº 9882/99, sem o mencionado inciso II, do art. 2º, da redação aprovada pelo Congresso Nacional. (TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.33.

²⁸³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Justiça Constitucional: garantia ou déficit da rigidez constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 134.

assertiva é ainda mais evidente com o número de Emendas que a Constituição Federal de 1988 sofre em menos de um quarto de século de existência.

Hodiernamente, no Brasil, quase tudo o que se discute em matéria jurídica tem um contorno constitucional. Inúmeros trabalhos acadêmicos são lançados abordando uma determinada temática interdisciplinar entre o Direito Constitucional e outro ramo da ciência jurídica.

Comum é se ver pesquisas sobre o Direito Constitucional do Trabalho, Direito Civil Constitucional, Direito Constitucional Processual, Direito Constitucional Penal, etc. E não há, muitas vezes, como não sê-lo, sob pena de não se admitir, o que seria um retrocesso, a elasticidade do rol de assuntos inseridos na *Lex Fundamental* de 1988. Esse fenômeno decorre indubitavelmente da passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, acrescida da perda, no caso brasileiro, da centralidade do Código Civil e da atenuação da dualidade público e privado²⁸⁴.

Outro contorno que se dá ao tema é a constatação de que os direitos fundamentais, assim inseridos no Texto Constitucional, possuem seu âmbito de influência também nas relações eminentemente privadas. Em outras palavras, a ordem constitucional, mais precisamente a dos direitos fundamentais, também irradia seus efeitos na ordem jurídica civil²⁸⁵.

Contudo, como pontua CANOTILHO²⁸⁶, a utilização diária do Texto Constitucional pelos juízes e tribunais na análise de conflitos privados gera a possibilidade de uma banalização do discurso constitucional.

²⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 509. [nota 160].

²⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto, e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 109.

²⁸⁶ Ibid., p. 113.

3.3.2 Inflação legislativa

Sabe-se que a repartição das competências da União e dos entes federados é também analítica na Constituição de 1988, sendo aquelas, em alguns casos, sobrepostas (eis os exemplos das competências concorrentes, comuns, cumulativas e paralelas). Isso faz com que haja um aumento significativo do poder de legislar dos entes federados, seja dos Estados-membros, seja dos Municípios, por intermédio de suas casas legislativas. FREITAS²⁸⁷ chega a indicar que atualmente o Brasil já tenha passado das 80.000 leis, das mais diversas espécies.

Por outro lado, o redimensionamento estatal neoliberal dos últimos tempos – minimização – pode ter realizado o enxugamento do aparelho estatal. Contudo, não distancia o Estado de sua função como agente principal no campo da normatização (e/ou regulamentação), principalmente das relações econômicas. Ao contrário, o Estado Contemporâneo assume uma condição ativa, permitindo-lhe as iniciativas de imposição de normas e de exercício regulatório sobre as atividades econômicas²⁸⁸. O Texto Constitucional brasileiro de 1988, em seu art. 174, consolida a idéia do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Hoje, há situações na qual a atuação normativa do Estado passa a ser tão grande no mercado econômico (como é o caso da Bolsa de Valores) que o espaço para auto-regulação é drasticamente reduzida²⁸⁹. Ocorre que a produção normativa e/ou reguladora pelo Estado, principalmente no campo econômico, não nasce tão somente do Poder Legislativo, exclusividade que o constitucionalismo clássico defende. Sabe-se que a criação de regras jurídicas positivadas,

²⁸⁷ FREITAS, José Ferreira de. O Supremo Tribunal Federal como Suprema Corte Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 8, abr.-jun. 2000, n. 31. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 164.

²⁸⁸ SCOOT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000. p. 99.

²⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 320.

no mundo contemporâneo, é realizada, não só pelo legislativo, mas por outras entidades do aparelho estatal ligadas ao Poder Executivo.

Em face da incansável inovação material e da complexidade nas interações no mercado econômico, cada vez mais o Estado é convocado para dar soluções rápidas e precisas. A atuação célere da máquina estatal é considerada, para alguns²⁹⁰, sinônimo de governabilidade ou também de (in) segurança jurídica. Todavia, a tradicional forma de criação legislativa – via Poder Legislativo – não consegue acompanhar os avanços e as especificidades que as relações econômicas apresentam.

O processo legislativo, por mais sumário que seja, é dotado de uma série de entraves (e aqui não se discute a necessidade ou a importância deles). Muitas vezes, o descompasso temporal chega a ser inaceitável, gerando lacunas dificilmente preenchidas pelos organismos estatais responsáveis pela solução de conflitos de interesse. É nesse contexto que surge a participação de outras entidades estatais – não ligadas ao Legislativo, mas ao Executivo, como a própria figura do Presidente da República, através das medidas provisórias – na produção de regras jurídicas para os mais diversos campos sociais e econômicos.

Essa constatação se torna mais contundente, no caso brasileiro, quando se verifica: (1) a formação de autarquias especiais com poderes de regulação (ANATEL, ANEEL, ANP e ANA); (2) ampliação ou reestruturação da competência, agora para o campo normativo, de outros órgãos já existentes (*exempli gratia*, o Ministério da Justiça, através da Secretaria de Direito Econômico, bem como o Banco Central do Brasil).

A falta de tempo de maturação na criação da norma – com o fito de atingir um resultado rápido e imediato – compromete a sua qualidade e, muitas vezes, dificulta o intérprete no

²⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 142.

processo de subsunção dos casos concretos ao ordenamento jurídico pátrio. Assim, a inflação de novos focos de produção normativa e a forma como a norma é criada são capazes de gerar uma maior probabilidade de que não seja alcançado o enquadramento adequado na estrutura jurídica hierárquica e, dessa maneira, tornem-se essas normas carentes de seu fundamento maior de validade: a compatibilidade com o Texto Constitucional. Por isso que a maioria dos litígios que são levados à apreciação do Poder Judiciário envolve, direta ou indiretamente, uma matéria prevista na Constituição.

3.3.3 Ampliação dos mecanismos de acesso à justiça

A estruturação analítica mencionada não se prende também, como assim deveria, ao exercício jurisdicional do Estado. Este tem, da mesma maneira que as outras funções estatais, o seu papel marcante na consolidação dos preceitos constitucionais.

Em outros tempos, a função jurisdicional somente era acessível aos que dela pudessem arcar. Como afirmam CAPPELLETTI e GARTH:

(...) a justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo a justiça, correspondia a igualdade, apenas formal, mas não efetiva²⁹¹.

Atualmente, as questões como a assistência judiciária para os pobres, a representação dos interesses difusos e a criação de instrumentos de acesso mais célere ao aparato jurisdicional (como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) tomam contornos mais sólidos. Em

²⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 9.

muitos casos, há resultados práticos bem satisfatórios, muito embora se tenha muito ainda para avançar.

Se outrora uma série de conflitos era (não) solucionada fora da competência do aparato jurisdicional, agora é uma realidade a ser enfrentada pelo Poder Judiciário, com a função de dar respostas às demandas de interesses que lhe são apresentadas. Todavia, a ampliação, mesmo que gradual, do acesso à Justiça, não é ainda suficiente para provocar uma alteração nas bases do aparato processual brasileiro, cujas inovações, nesse aspecto, ainda são tímidas. Por exemplo, a simplificação e a agilização do procedimento; o aprimoramento da qualidade dos julgamentos; a efetividade da tutela jurisdicional; a minimização do tempo de espera da tutela jurisdicional; e outros²⁹².

3.3.4 A formação da magistratura

Não se pode olvidar que, além das questões supramencionadas, há um problema quanto à formação dos operadores do direito no Brasil. Estes estão limitados a um regime tecnicista, a uma estrutura curricular excessivamente dogmática, sem qualquer compromisso, na maioria dos casos, com a função multidisciplinar da *práxis* jurídica²⁹³. Cotidianamente, os juízes estão a enfrentar um conjunto de conflitos de interesses que, do mais simples ao mais complexo, apresentarão efeitos sócio-econômicos incontestes.

O reflexo do resultado (decisão) dessas demandas de vontades contrapostas não pode ser fruto de um processo de uma “escola de interpretação legalista”, representados por supostos “juizes cientificamente duvidosos”, o que proporcionaria, com toda a certeza, “(...) uma saturação

²⁹² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

²⁹³ FARIA, José Eduardo. Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p 26.

ideológica na reflexão sobre o direito e a um fechamento na possibilidade de discussões epistemológicas”.²⁹⁴

No plano ideal, o controle difuso de constitucionalidade funciona a contento, partindo da premissa de que os juízes e tribunais estariam capacitados a manusear as ferramentas da interpretação constitucional. Sem adentrar com profundidade na questão, porquanto não é o tema deste trabalho, a realidade brasileira tem apresentado situações, na sua maioria, limítrofes.

A atuação do Judiciário caminha, na concretização do Texto Constitucional, entre um “casuísmo irracionalista” e “uma defesa ingênua de uma verdade única para a aplicação da Constituição”²⁹⁵. Por isso, faz-se necessário que os operadores do direito estejam efetivamente capacitados a manusear as ferramentas de interpretação constitucional, cujo processo de concretização das normas detém peculiaridades e diferenças em relação aos mecanismos de aplicação tradicionais.

3.4 Incongruências Internas e os Conflitos entre o Método Difuso e Concentrado

Além dos fatores externos ao sistema em si de controle de constitucionalidade, perfunctoriamente discutidos no item 3.3 deste trabalho, é possível detectar que, no caso brasileiro em particular, conforme abordado no item 1.4, a acomodação dos métodos difuso e concentrado, em um só ordenamento, acarreta algumas impropriedades, muitas vezes traduzidas por choques e sobreposições inconvenientes de um sobre outro.

²⁹⁴ Idib. p. 28.

²⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). Op. cit., p. 88. [nota 177].

No início do presente capítulo, o leitor pode verificar que o controle de constitucionalidade no Brasil nasce sob o modelo difuso norte-americano (Constituição brasileira de 1891). Por outro lado, os primeiros contornos do método concentrado são detectados em 1934, com a representação interventiva e, mais tarde, no meio da década de 60, com a ação genérica de inconstitucionalidade, fruto da Emenda Constitucional nº 16/1965.

O suposto fracasso do sistema isoladamente difuso no Brasil, relembrando as críticas de CAPPELLETTI²⁹⁶ a outros países, como é o caso do Japão, é atribuído à ausência, na ordem jurídica nacional, do respeito ao princípio dos precedentes (*stare decisis*) e, porque não, à falta de uma regulação quanto aos efeitos prospectivos e genéricos das decisões judiciais prolatadas sob o manto do controle incidental.

Conforme relata, o método escolhido pelo sistema japonês de controle de constitucionalidade é o difuso. Todavia, quando da sua implantação, não é também importada a técnica do respeito aos precedentes.

Assim, se um cidadão X ajuíza uma demanda e, incidentalmente, argüiu a inconstitucionalidade de uma lei tributária, e é declarada pelo Judiciário, essa decisão só é aplicável para o caso de X. Acaso Y, Z ou quem quer que seja, desejem a não aplicação da lei declarada inconstitucional no caso de X, deverão ingressar com outras demandas individuais²⁹⁷.

De fato, a inexistência do princípio do respeito aos precedentes – o que é uma característica do *common law* – dificulta a racional operacionalização do método difuso no Brasil, porquanto, sem instrumentos de vinculação das jurisdições inferiores aos pronunciamentos dos tribunais supremos, aflora a insegurança jurídica, alimentada em decorrência das inúmeras decisões jurisdicionais conflitantes sobre casos análogos e similares.

²⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Op. cit. p. 77. [nota 53].

²⁹⁷ Loc. Cit.

O princípio da segurança jurídica proporciona a estabilidade e a paz social nas relações particulares ou entre particulares e o Poder Público. Pode-se dizer, assim, que esse comando propicia à comunidade uma “(...) sensação de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos de determinadas condutas”²⁹⁸.

A demora dos julgamentos e o acúmulo dos processos no Supremo Tribunal Federal decorrem, em sua maior proporção, do fato de que os novos processos que lhe são remetidos tratam, em sua maioria, de assuntos já apreciados anteriormente por ele próprio, em casos similares. Como afirma ROSENN, a única justificativa para permanência dessa sistemática autofágica é simplesmente “(...) adiar o dia inevitável no qual o réu terá de pagar o que deve”²⁹⁹.

Portugal possui, por exemplo, alguns mecanismos, no controle difuso de constitucionalidade, que se assemelham ao sistema de precedentes norte-americano. Partindo da premissa de que a fiscalização concreta do corresponde a 96% de todas as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Português, esse país é obrigado a introduzir, em 1998, algumas ferramentas para enfrentar o que MOREIRA³⁰⁰ intitula de “processos massa”.

Dentre as ferramentas, estão:

(1) após o julgamento de um desses casos, os acórdãos subseqüentes limitam-se apenas a indicar a fundamentação daquele julgado, funcionando, portanto, como padrão;

(2) o Presidente do Tribunal Constitucional poderá invocar o plenário e, depois de sua análise, essa decisão se transforma em precedente, vinculando as futuras decisões dos juízes que foram, inclusive, votos vencidos;

²⁹⁸ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. A Súmula Vinculante – O contraditório e a ampla defesa. *Revista do Processo*. v. 120, ano 30, fev. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 74.

²⁹⁹ ROSENN, Keith. O controle de constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes. *Revista de Direito Administrativo*. v. 227, jan.-mar. 2002. Rio de Janeiro: Forense, p. 25.

³⁰⁰ MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional Português: a “fiscalização concreta” no quadro de um sistema misto de justiça constitucional. *Sub Judice*. v. 20/21, jan.-jun. 2001. Coimbra: Idéias, p. 107.

(3) na constatação de três decisões reiteradas de inconstitucionalidade sobre o mesmo assunto, quaisquer dos membros do Tribunal Constitucional ou o Ministério Público poderão suscitar a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, o que fará com que, se aprovada, seja aplicada a todos os processos que chegarem àquele Tribunal³⁰¹.

O constituinte brasileiro não soube, talvez, encontrar, ao detectar os rebentos sinais de entraves no sistema difuso, saídas eminentemente corretivas. Opta, contudo, após incorporar paralelamente ao método incidental, pelo controle concentrado.

É conhecido que o controle de constitucionalidade do Brasil passa, com o método concentrado, a combater o problema da intranquilidade jurídica que o método difuso oferece em sua adaptação primaz brasileira. Entretanto, se o concentrado fosse efetivamente o mais apropriado, certamente o difuso seria abolido.

Registre-se que a conjunção de ambos os métodos não é um fato isoladamente brasileiro, mas também se verifica em Portugal³⁰² e em diversos países latino-americanos, como ocorre na Colômbia, Venezuela, México, Guatemala, Bolívia, Equador, Peru, Chile e El Salvador³⁰³.

A sua manutenção é, portanto, o indicativo de que há um patamar de aceitabilidade não só de seus operadores, como também dos jurisdicionados, devido ao seu caráter muito mais democrático e plural.

Decerto, há algumas tentativas, durante a história constitucional brasileira, de diminuição do grau de insegurança jurídica que, em tese, o método difuso oferece.

³⁰¹ Ibid., p. 108.

³⁰² Ibid., p. 98.

³⁰³ Cf. HARO, Ricardo. El Control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano* – Tomo I. 10. ed. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2004. p 54.

3.4.1 A eficácia geral da inconstitucionalidade pelo Senado Federal

Um dos momentos de suposta melhoria do sistema difuso é a possibilidade do Senado em suspender os efeitos de uma lei ou ato normativo federal declarado, incidentalmente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Dá-se, através desse procedimento híbrido (jurisdicional e político), a ampliação dos efeitos “entre as partes” para o “geral”³⁰⁴.

Cumpra-se registrar, contudo, o pensamento de MENDES³⁰⁵, posicionando-se no sentido de que a inovação trazida em 1934 – a competência do Senado para emprestar eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade do Supremo – já nascera velha e obsoleta, porquanto desde 1919 (Constituição de Weimar) e 1920 (Constituição da Áustria) fala-se na eficácia *erga omnes* das Cortes Constitucionais, independentemente da intervenção de outro agente estatal.

A projeção *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal no sistema difuso requer uma atuação volitiva do Senado Federal; assim traduzida na possibilidade da Câmara Alta do Congresso Nacional brasileiro suspender, mediante resolução, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do STF³⁰⁶.

Relembre-se que a necessidade de encaminhamento ao Senado Federal só se aplica aos feitos de natureza difusa, não se aplicando, portanto, aos julgados do STF na modalidade concentrada.

Na prática, o STF deverá comunicar o Senado Federal sempre que, no julgamento de um caso concreto, a referida Corte declare a inconstitucionalidade, com efeitos entre as partes, de

³⁰⁴ Muito embora a decisão política do Senado, mediante resolução, tem efeitos *erga omnes* a partir do instante em que foi tomada, não incidindo sobre situações pretéritas (*ex nunc*).

³⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Quinze Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 204.

³⁰⁶ Cf. art. 52, inciso X, da Constituição Federal brasileira de 1988.

qualquer lei ou ato normativo. Esse posicionamento remonta no STF desde os idos de 1972, na apreciação de um processo administrativo (nº 4.477), que, na época, interpretara o art. 42, inciso VII, da CF de 1969, correspondente ao art. 52, inciso X, da Carta atual³⁰⁷.

O ponto peculiar da atuação senatorial são os efeitos de sua resolução. Percebe-se na simples leitura do art. 52, inciso X, da CF que o Senado Federal apenas suspende a eficácia, mas não a invalida ou revoga; a participação do Senado Federal restringe-se ao plano da eficácia, não se permitindo, assim, qualquer excursão no terreno da (in)validade da lei ou do ato normativo declarado, incidentalmente, inconstitucional pelo STF.

Há com a resolução do Senado, portanto, a cassação da excoutoriedade da lei ou ato normativo questionado³⁰⁸. Se assim o é, a resolução suspensiva do Senado Federal interrompe, a partir de sua publicação, a eficácia da lei declarada inconstitucional, pela via difusa, pelo STF; não existe, dessa maneira, qualquer interferência pretérita (efeito *ex tunc*).

Da mesma forma, a lei ou ato normativo não são extirpados do cenário jurídico nacional; permanecem vivas como a resolução do Senado, entretanto em estado de hibernação. A retirada daquela lei ou ato normativo no mundo jurídico, pelas mãos do Congresso Nacional, só é possível por meio da criação de outra norma revogadora³⁰⁹.

O Senado Federal somente poderá atuar após a constatação de que a decisão do STF é definitiva; se isto não ocorrer (recurso pendente, por exemplo), a edição da resolução resta prejudicada.

³⁰⁷ TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*. RT 819, ano 93. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro de 2004. p. 58.

³⁰⁸ BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit. p. 88.

³⁰⁹ Há alguns autores, como é o caso de NEVES, que entendem que a resolução suspensiva do Senado Federal, dada a sua característica de irreversibilidade, funciona como um verdadeiro ato de extirpação da norma. In: NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. p. 52.

Por outro lado, nas primeiras linhas desse item 3.4.1 falou-se do caráter volitivo do Senado Federal. Essa peculiaridade é cristalizada por intermédio da assertiva de que aquele é permitido não editar a resolução e, desse modo, não suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF³¹⁰.

Ressalte-se que existem doutrinadores, como é o caso de BUZAID³¹¹, que não aceitam o caráter facultativo do Senado Federal; para tais juristas, a exemplo também de BASTOS³¹², uma vez preenchidos os requisitos constitucionais (formais e materiais), a ele é defeso deixar de suspendê-la.

A visão discricionária do Senado Federal na apreciação da suspensão da eficácia da lei ou ato normativo declarado, incidentalmente, inconstitucional pelo STF é, por outro lado, defendida por BARROS³¹³, BITTENCOURT³¹⁴ e DA SILVA³¹⁵.

A idéia de discricionariedade não está, contudo, atrelada ao da reversibilidade da resolução. A prerrogativa de decidir sobre a suspensão ou não a eficácia da lei ou ato normativo declarado constitucional não gera, por consequência, a possibilidade de o Senado Federal de suspender ou retroagir a suspensão da eficácia da lei; em suma, como diz BANDEIRA DE MELLO³¹⁶, a resolução é irrevogável.

Isto não impede, porém, do Congresso Nacional elaborar uma nova lei com o mesmo conteúdo e características daquela suspensa, cujos efeitos irão se propagar para o futuro. Este mecanismo de manipulação não seria possível no controle concentrado puro, devido ao que hoje

³¹⁰ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 48.

³¹¹ BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit. p. 89. [nota 183].

³¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 85. [nota 3].

³¹³ BARROS, Sérgio Resende de. O Senado Federal e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira Direito Constitucional*. Vol. 1, janeiro-junho de 2003. p. 168.

³¹⁴ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Série Arquivos do Ministério da Justiça. p. 145.

³¹⁵ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 54.

³¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 210.

de conhece os efeitos transcendentais da decisão via ação direta de inconstitucionalidade, como se verá no tópico 3.4.3. do presente estudo.

Por fim, cumpre-se anotar que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado à resolução suspensiva do Senado Federal. Por se tratar de um instrumento típico do modelo difuso da aferição da constitucionalidade, o STF pode, no julgamento de outro caso concreto, modificar o seu entendimento e, assim, declarar como constitucional algo que outrora seria inconstitucional. Esse tema, como observa FERRARI, já fora enfrentado pelo STF, mediante decisão no Mandado de Segurança nº 16.512, de maio de 1966³¹⁷.

Por fim, cumpre-se anotar a recente corrente, concretizada no pensamento do atual Ministro do STF, Gilmar Ferreira MENDES³¹⁸, que, no exercício da mutação constitucional, entende da necessidade de uma releitura ou revisão do referido instituto da suspensão do Senado Federal. Para o supracitado autor, não é essencial a alteração do Texto Constitucional para que o ato de suspensão do Senado Federal perca de vez seu caráter substancial, dotando-o, tão somente, de uma modalidade de divulgação (publicidade) da decisão do STF. Entende o referido jurista que as decisões plenárias do STF, inclusive aquelas prolatadas na modalidade difusa, são dotadas, tal como as do controle concentrado, o efeito respectivo vinculante, o que tornaria inócuo a edição da resolução suspensiva do Senado.

Essa tendência de se ampliar o âmbito espacial das decisões do Supremo Tribunal Federal já é uma realidade da própria corte, tal como se observa da interpretação que é dada aos próprios limites dos motivos determinantes de um julgamento abstrato de controle de constitucionalidade (ADI, ADC ou ADPF, por exemplo). O STF vem admitindo, como ocorreu no julgamento da Reclamação Constitucional nº 2.986/SE (STF, Relator Ministro Celso de Mello, decisão

³¹⁷ In: FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Op. cit. p. 152. [nota 59].

³¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Quinze anos de Constituição*. Op. cit. p 207. [nota 305].

monocrática de 11 de março de 2005) o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do Supremo Tribunal Federal proferido em sede de controle abstrato de normas.

Nessa linha de raciocínio, não parece razoável, tampouco racional, limitar os efeitos de uma decisão plenária do STF, mesmo que em sede difusa de aferição da constitucionalidade, com vistas a manter a idéia de que só ao Senado Federal é permitido reproduzir a declaração, para toda a coletividade, da inconstitucionalidade consignada, por exemplo, em um recurso extraordinário.

Na contramão da história é a visão interpretativa e conservadora de que as atuações do Supremo Tribunal Federal, na modalidade difusa, somente poderiam atingir as partes envolvidas no processo. Rogando-se por uma compreensão mais otimizada da Corte Constitucional brasileira, o juízo dialético e maturado do plenário do STF é, seguramente, a reprodução fiel de seu pensamento, seja este na via concreta ou difusa, indiferentemente.

3.4.2 Princípio da reversa de plenário

Outro instante um suposto conflito entre o método difuso e o concentrado dá-se com a recepção, desde a Constituição 1934, do princípio da reserva do plenário. Indubitavelmente, trata-se de uma alternativa que desenvolve, com algumas ressalvas, um aprimoramento ao método tradicional até então vigente.

Previsto, na Carta Política atual, no art. 97 da Constituição Federal brasileira de 1988, a regra da reserva de plenário para as questões constitucionais – diferentemente do que acontece com os magistrados de primeiro grau – impede que o órgão fracionário dos tribunais, quando

invocado, ou no momento em que se depara com sinais de vícios de inconstitucionalidade, realize o processo de purificação do sistema jurídico, nessa situação, *inter pars*.

Em tais casos, as câmaras, turmas ou demais órgãos de menor grau dos tribunais estão vinculados a uma participação do Pleno da Corte de Justiça ou de seu órgão especial, com as ressalvas – oportunamente desenvolvidas no item 4.2 do presente trabalho -, das hipóteses nas quais tais órgãos fracionários dos tribunais estão desobrigados de atender o primado do princípio da reserva de plenário (parágrafo único do art. 481³¹⁹, do CPC, com redação dada pela Lei n° 9.756/1998).

Os argumentos ao seu favor são os mesmos encontrados pelo Direito americano, a saber: (1) a de a questão constitucional é sempre de alta relevância e, assim sendo, (2) a competência deslocada para o plenário das cortes (maioria absoluta ou qualificada do total de membros do tribunal) inibiria decisões tomadas no afogadilho, de forma impensada ou afoita.

Embora sua exigência tenha uma justificação, em tese, razoável, esse argumento não se aplica integralmente ao Direito brasileiro. Isto porque o princípio da reserva de plenário é importante para o sistema americano, na medida em que as decisões incidentais dos tribunais, em razão do *stare decisis*, vinculam os juízes e cortes inferiores.

No Brasil, uma declaração de inconstitucionalidade prolatada por um tribunal ordinário, nos moldes do art. 97 da CF (princípio da reserva de plenário), pode não ser estendida para casos similares, seja por vontade de um juiz de primeiro grau, seja por um dos órgãos fracionários daquela corte (na hipótese, composta de membros que foram a minoria vencida no julgamento daquela declaração de inconstitucionalidade pelo órgão plenário).

³¹⁹ Art. 481 – Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único – Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando há houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Ademais, crê-se que o princípio da reserva do plenário desiguala os juízes de primeiro grau daqueles que compõem os órgãos fracionários dos tribunais ordinários.

O instrumento é louvável, porém não é por si só eficaz. Da maneira como o mesmo foi posto, o acesso difuso ao exercício da jurisdição constitucional é ainda mais dificultoso. Tanto isso é verdade que há diversos autores, a exemplo de CARREIRA ALVIM³²⁰, que defendem uma interpretação mais sistêmica dessa exigência.

Com sua regulação infraconstitucional trazida pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, a declaração de inconstitucionalidade difusa dos tribunais ordinários se dará por intermédio do que é chamado comumente de incidente de argüição de inconstitucionalidade.

Vê-se que, sem adentrar nas peculiaridades desse instrumento processual – cuja abordagem é desenvolvida no próximo capítulo, precisamente no item 4.2 – o primeiro aspecto do problema da regra do princípio da reserva de plenário brasileiro está situado no seu uso e aplicação.

O juiz de primeiro grau declara inconstitucional, via incidental, uma determinada lei ou ato normativo e, ato contínuo, deixa de aplicá-la; ou, ao contrário, não a declara inconstitucional e, conseqüentemente, a aplica no caso concreto. Contra essa decisão há um respectivo recurso a ser apreciado, devido à estrutura organizacional do Judiciário, por um órgão fracionário do tribunal ordinário competente.

Ao deparar-se com sinais de inconstitucionalidade (o que se pode chamar de plausibilidade dos argumentos de inconstitucionalidade), o órgão fracionário sobrestará o julgamento do caso concreto e determinará a feitura e instrumentalização de um incidente, tão somente sobre a questão constitucional encontrada, a ser obrigatoriamente remetida à apreciação

³²⁰ Cf. CARREIRA ALVIM, J.E. A declaração de inconstitucionalidade das leis e a lógica do sistema jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 10, v. 38, jan.-mar. 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

do colegiado pleno do respectivo tribunal. O julgamento do caso concreto é paralisado até a decisão do incidente. A única exceção é na hipótese da matéria já ter sido enfrentada, em outra oportunidade, pelo próprio pleno ou corte especial daquele tribunal ou, de igual modo, pelo Supremo Tribunal Federal (vide desenvolvimento do tema, no tópico 4.2.3 desse trabalho).

Do ponto de vista prático, em razão da necessidade de implementação dos princípios da celeridade e da razoável duração do processo, as câmaras ou turmas dos tribunais preferem não enfrentar a questão constitucional, não invocar o incidente e, conseqüentemente, deixar toda essa matéria para ser discutida em um possível recurso extraordinário. Isso se torna ainda mais obscuro quando se depara o jurista com o intrincado sistema de recursos brasileiro, em especial, no campo do Direito Processual Civil.

Como o art. 97 da Constituição Federal incide sobre todas as fases recursais, esse incidente não só é exigido nas instâncias ordinárias, bem como é afeito aos recursos de natureza peculiar. Por exemplo, o art. 11, inciso IX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça atribui à sua Corte Especial (art. 93, inciso XI, da CF) o processo e o julgamento de arguições de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitadas nos feitos submetidos ao julgamento daquele Tribunal. Assim também o é com a competência do pleno do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 6º, inciso II, alínea *a* de seu Regimento Interno (Resolução nº 19, de 30 de abril de 1985). O estudo o princípio da reserva de plenário será desenvolvido com alguns outros detalhes, no capítulo quarto da presente dissertação.

3.4.3 A súmula vinculante

O atual sistema difuso brasileiro não está organizado a fim de conter a avalanche de demandas que são endereçadas, via recurso extremo, para o Supremo Tribunal Federal.

Crê-se que as recentes propostas legislativas de alteração da legislação processual civil, por exemplo, não são suficientes para conter esse excesso de prerrogativas das partes no processo, tampouco em sobrestar essa sangria, como ocorrerá - se assim aprovada - com a denominada súmula impeditiva de recursos.

Sem parecer contraditório, cumpre-se registrar que o Congresso Nacional aprovou recentemente, mediante a Emenda Constitucional n° 45/2004, a súmula vinculante e a repercussão geral como critério de admissibilidade do recurso extraordinário. Ambos os mecanismos introduzem uma mudança de operacionalização do controle difuso de constitucionalidade, com a intenção de conter esta sangria de recursos que chegam ao exame do STF, sobre matéria constitucional.

A morosidade da administração da Justiça é algo que atormenta a sociedade em geral e, conseqüentemente, torna-se a preocupação maior daqueles responsáveis pela consolidação de políticas legislativas voltadas ao aprimoramento do aparato jurisdicional.

A duração excessiva dos feitos é combatida, atualmente, pelo próprio Texto Constitucional, por meio da criação de mais um direito fundamental do jurisdicionado, qual seja, o direito à razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, introduzido pela Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004³²¹).

A letargia processual traduz-se no descrédito dos juízes, no senso de impunidade e no desgaste da imagem do Judiciário. Corrigir esse cenário é uma das finalidades a serem suportadas pela súmula vinculante.

Sabe-se que a súmula nada mais é do que a consolidação de uma determinada matéria, mediante enunciado, fruto de um conjunto de precedentes reiterados da Corte da qual é emanada.

³²¹ Art 5º (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Define-se, mais precisamente, o resultado do julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, condensando em enunciado (oração resumida e taxativa) que constitui precedente de uniformização da jurisprudência da própria Corte.

A súmula consolida uma interpretação de determinada lei ou ato normativo. Embora detenha caráter geral, tal como a lei, não tem a função de substituí-la ou fazer-lhe às vezes, mas de apenas interpretá-la.

MANCUSO³²² observa que a criação do instituto jurídico da súmula tem suas origens nos chamados “assentos da Casa de Suplicação”, adotados em Portugal quando das Ordenações Filipinas, mais tarde utilizados no Brasil.

Atualmente, os denominados assentos portugueses foram considerados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional lusitano, em decisão singular de setembro de 1993, mediante o acórdão n° 810/93³²³; essa guinada na orientação jurisprudencial portuguesa deu azo à reforma de seu sistema processual civil e, mais tarde, à supressão total da norma que os instituía.

Em contrapartida, há alguns países do *civil law* que adotam instrumentos muito parecidos com a súmula vinculante, assim conhecidos de mecanismos de uniformização da jurisprudência. Leia-se, por exemplo, o caso da Espanha, Alemanha, Suíça e Itália e, no plano latino-americano, com Honduras e México³²⁴.

Na órbita nacional, a Consolidação das Leis do Trabalho brasileira já prevê, em seu art. 920, parágrafo único, que o Tribunal Superior do Trabalho pode vir a firmar “*prejulgados*”. Estes, os órgãos e tribunais inferiores são obrigados a respeitar³²⁵.

³²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p 212.

³²³ Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Súmula no Direito Brasileiro – Eficácia, Poder e Função – A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998. p. 96.

³²⁴ *Ibid.* p. 100.

³²⁵ Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em 1977, que o citado art. 902, da CLT, era incompatível com a Constituição de 1946 (Representação n° 946-DF. Relator Ministro Xavier de Albuquerque). (PEÑA, Eduardo

A denominação “súmula” mostra-se presente no Brasil em meados de 1963, através de algumas iniciativas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Muito embora as súmulas não possuíssem, até a Emenda Constitucional brasileira nº 45/2004, o condão de se tornar obrigatória e vinculante aos juízes e tribunais ordinários³²⁶, a consolidação do entendimento do STF, com uma posição sólida sobre o assunto, tornava já inócua, inútil e onerosa atuação jurisdicional sobre feitos albergados por aqueles precedentes consolidados.

Além de acelerar a elucidação dos feitos, com a vinculação das súmulas do Supremo Tribunal Federal – efeito que também acontece nas decisões oriundas do controle de constitucionalidade concentrado – as decisões dos juízes e tribunais inferiores deixam de ser, em teses conflitantes, o que restabelece o caminho adequado para o atendimento dos níveis satisfatórios de segurança jurídica em uma sociedade pós-moderna.

Com a súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal restabelece o seu papel de unificador da jurisprudência nacional³²⁷.

Entretanto, existem autores, como é o caso de Carmen Lúcia Antunes Rocha, que apontam alguns problemas na aceitação da súmula vinculante: a suposta falta de legitimação do Poder Judiciário, a violação ao princípio da tripartição dos poderes e desrespeito ao princípio do juiz natural e sua independência³²⁸.

Os dois primeiros argumentos, *mutatis mutandis*, são usados, também sem sucesso, para refutar o controle jurisdicional de constitucionalidade e se quedam infrutíferos. Se, por certo,

Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos. *Revista do Processo*. v. 120, ano 30, fev. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 83.).

³²⁶ Ibid., p. 80.

³²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas Vinculantes. *Revista Forense*. v. 347. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55.

³²⁸ Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*. n. 210. Rio de Janeiro, 1997.

consolida-se o entendimento de que os Tribunais podem realizar o exame da compatibilidade constitucional dos atos emanados pelo Parlamento, inclusive sob a égide do método concentrado (*erga omnes*), baseando-se numa legitimidade evidente (Capítulo II do presente trabalho), sem atingir os contornos gerais do princípio da separação dos poderes, por que proibir que o Supremo Tribunal Federal possa editar uma súmula, sobre uma matéria constitucional consolidada, com efeitos “para todos”?

Por outro lado, não há como se compreender que a súmula vinculante funcione como um instrumento de militarização vertical do Judiciário, como busca defender GOMES³²⁹, ao tentar enquadrar sua crítica ao estudo estrutural, e não pontual, de ZAFFARONI³³⁰.

Paralelamente, a questão da independência judicial e a súmula vinculante são enfrentadas por LAMY. Afirma o autor³³¹ que, ao contrário do Estado Liberal, o constitucionalismo do Estado Social reinterpreta o conceito de independência do magistrado como imprescindível para o exercício da função jurisdicional. Outrora, o Estado Liberal associa a independência à imparcialidade e defende que a liberdade do juiz funda-se na idéia da exclusividade, assim entendido como aquela que define que só os juízes prestam a jurisdição, limitados tão somente pelo princípio da legalidade (os juízes vinculados apenas e somente à lei)³³².

Com o Estado Social, o princípio da legalidade transmuda-se não só no respeito isolado à lei, mas a todo o Direito, assim compreendendo sua base doutrinária, principiológica e jurisprudencial³³³. Além disso, o Judiciário toma proporções gigantescas dentro do novo Estado

³²⁹ FLÁVIO GOMES, Luiz. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*. v. 739, maio 1997. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 32.

³³⁰ Diz esse autor: “(...) um Judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado.”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário – Crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 33.).

³³¹ LAMY, Eduardo de Avelar. *Revista do Processo*. v. 120, ano 30, fev. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 124.

³³² Loc. cit.

³³³ Loc. cit.

de Direito, assumindo funções cada vez mais importantes, dentre elas o dever de solucionar e resolver os diversos conflitos de interesses por meio da jurisdição.

A força da jurisdição não mais fica atrelada ao papel individual do juiz, mas ao aspecto institucional do Judiciário. O Estado Social dota o Judiciário de unidade e coesão, características capazes de atender a missão de concretizar a solução efetiva dos litígios sociais.

Também não é válido o argumento de que o juiz deve ser independente em razão das súmulas, se aquele é vinculado no cumprimento das decisões dos recursos interpostos contra seus julgados. As súmulas correspondem a uma pequena parcela dos casos solucionados pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores. Neste sentido, um manancial de casos e situações novas está muito aquém ou além da incidência das súmulas.

Refuta-se, igualmente, o engessamento dos magistrados de grau inferior, porquanto a eles incumbe verificar se o caso concreto que estão a analisar possui peculiaridades que o difere da súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal³³⁴.

Partindo-se da premissa de que a súmula não pode ser aplicada para situações análogas, caberá aos magistrados dos diversos rincões do Brasil proceder, com a mesma atenção de outrora, a análise do caso concreto, conscientes de que o texto normativo (e porque não a própria súmula) é apenas o ponto de partida no processo de solução do conflito específico de interesses que lhes é instado a presidir e alcançar.

A Emenda Constitucional n° 45/2004, ainda sobre o tema, traz ferramentas, muitas eficazes, para o procedimento de consolidação e oxigenação das súmulas vinculantes. De um lado, as súmulas com efeito vinculativo só podem ser criadas após a aprovação de dois terços dos

³³⁴ Daí porque merece referendar o registro de SHIMURA, no sentido de que as súmulas deverão ser redigidas com clareza e extrema nitidez, para fins de não apresentar dúvidas quanto ao seu conteúdo, extensão e profundidade. (SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al.(Orgs.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p 763.).

membros do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, da CF). De outro, permite-se que os legitimados, à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, provoquem o Supremo Tribunal Federal visando à aprovação, revisão ou cancelamento de determinada súmula (§2º, do art. 103-A, da CF).

Por fim, há um outro dado que confirma o abrandamento da esfinge dantesca que lhe é esculpida, equivocadamente: a súmula vinculante não impede, da maneira como foi criada, a interposição de recursos, o que acontece com a denominada súmula impeditiva de recursos, recém introduzida ao ordenamento jurídico nacional por intermédio de lei ordinária, com a inserção dos §§1º e 2º ao art. 518, do Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 11.276/2006).

Contudo, ainda existe a possibilidade de o indivíduo demonstrar que o seu caso não é o mesmo da súmula, afastando-se dos limites vinculativos, fato que exigirá do litigante o percurso de longo caminho recursal, até chegar ao Supremo Tribunal Federal.

3.4.4 O requisito da repercussão geral.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, também traz consigo, no afã de aprimorar (quem sabe?) o controle difuso de constitucionalidade e a *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Sob os auspícios da Constituição Federal de 1967, a argüição da relevância é inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Regimental nº 3, de 12 de junho de 1975, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, alterando o art. 308 daquele diploma

regimental³³⁵. Em 13 de abril de 1977, a Emenda Constitucional n° 7 alça tal instituto ao *status* constitucional³³⁶, como o que recepcionando a inovação regimental do STF.

Através desse mecanismo, o Supremo Tribunal Federal detém a prerrogativa de selecionar, dentre os recursos extraordinários interpostos, aquelas matérias que, pela sua natureza, repercussão e partes envolvidas, seriam apreciadas. Dotada de características procedimentais especiais, a argüição de relevância é inserida e vinculada ao extraordinário, não sendo, portanto, recurso ou ação autônoma³³⁷. Ao recorrente, compete, no corpo do recurso extraordinário, apresentar as razões que enquadrariam o caso em exame como uma questão relevante.

Indubitavelmente, a argüição, sob a égide do antigo regime constitucional brasileiro, deveria ser apreciada antes do próprio recurso extraordinário. Assim, essa questão é apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, em votação secreta, pode acolhê-la com apenas 04 (quatro) votos favoráveis.

Percebe-se claramente que a apreciação da argüição de relevância pela Corte é baseada, na maioria das vezes, em argumentos meta-jurídicos, tal como: o grande número de litigantes, uma questão de repercussão em razão do precedente a ser criado (efeito catalisador) ou em virtude do bem jurídico tutelado³³⁸.

A Constituição de 1988 abole o poder de legislar dos Tribunais, em matéria processual, através de seus regimentos internos, o que simplesmente “anulou” – através do fenômeno da não

³³⁵ Art. 308 – “Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas”.

³³⁶ Art. 119, §1º - “As causas a que se refere o item III, alínea *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal”.

³³⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão Geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(Orgs.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 168.

³³⁸ *Ibid.*, p. 169.

recepção – o antigo instituto da arguição de relevância. A seara trabalhista brasileira é, contudo, a primeira a possuir, sob o manto da Constituição Federal de 1988, um mecanismo dessa natureza.

A Medida Provisória n° 2.226, de 04 de setembro de 2001³³⁹, acresceu o art. 896-A ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho, passando a exigir, para a apreciação do recurso de revista, o critério da transcendência, com enfoque nos aspectos da natureza econômica, política, social ou jurídica³⁴⁰. O requisito da repercussão geral, hodiernamente inserido com a Emenda Constitucional n° 45/2004, reinventa esse filtro, como define ALVIM³⁴¹, proporcionando mais uma especificidade para o cabimento do recurso extraordinário. Sem o requisito da repercussão geral, o extraordinário pode, em tese, não ser julgado.

A idéia desse instituto não é uma invenção brasileira. Os Estados Unidos, a Argentina e o Japão, por exemplo, são alguns dos países que já possuíam protótipo processual similar ao do brasileiro. Como mencionado no presente trabalho, os Estados Unidos da América possuem, desde o *Judiciary Act* de 1925, um sistema de limitação do acesso à Suprema Corte Americana, o que se dá através do *petition of certiorari*.

Além das considerações apresentadas no item 2.4 deste estudo, revela-se necessário pontuar que, em 1995, os norte-americanos acentuam as restrições de acesso à Suprema Corte, dotando-a de uma maior discricionariedade para decidir quais, dentre as milhares de demandas que lhe são endereçadas, aquelas capacitadas e merecedoras de sua apreciação de mérito³⁴².

³³⁹ BRASIL. Medida Provisória n° 2.226, de 04 de setembro de 2001. **Diário de Justiça da União**, Poder Judiciário, Imprensa Nacional, 05 de set. 2001.

³⁴⁰ Art. 896-A: “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.”

³⁴¹ ARRUDA ALVIM. A EC n° 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(Orgs.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

³⁴² *Ibid*, p. 72.

NERY JÚNIOR³⁴³ apresenta, também, na Alemanha, um instituto semelhante ao americano. No sistema alemão, há uma solução recursal endereçada aos tribunais federais, cuja matéria é restrita à questão de direito. É o chamado *Revision*.

Em 1975, a lei de reforma do recurso de revisão em matéria civil prevê três modalidades³⁴⁴: (1) a primeira, para as causas que os prejuízos do recorrente ultrapassem 60.000 marcos alemães³⁴⁵; (2) a segunda, as causas de valor inferior a 60.000 marcos alemães, mas que dependam de um juízo prévio de admissibilidade; (3) a terceira, na qual o recorrente dispensa a apelação para o tribunal intermediário e se direciona, *per saltum*, para o tribunal federal superior³⁴⁶.

Especialmente na segunda hipótese (tipo de revisão denominado pelos alemães de *Zulassungsrevision*), faz-se necessária a comprovação da “importância fundamental da causa”, com uma diferença interessante da experiência americana: quem analisa tal critério de admissibilidade é a instância *a quo*, no próprio acórdão objeto de eventual recurso, e não o tribunal *ad quem*³⁴⁷.

Da mesma forma, o Japão possui, desde 1996, um mecanismo de filtragem dos recursos à Suprema Corte Japonesa, porquanto a Corte só os aprecia se a matéria envolver questão de direito

³⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p 100.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 101.

³⁴⁵ Esta primeira modalidade, conforme relata ARRUDA ALVIM, foi revogada do sistema alemão com a reforma em 2002. *Op. cit.* p. 69. [nota 343].

³⁴⁶ Nelson NERY JÚNIOR informa que essa terceira modalidade, conhecida como *Sprungrevision*, não chega a ser um recurso em si, mais uma forma de interposição do tradicional recurso de revisão. Ao lado do *Sprungrevision*, encontra-se o *Anschlußrevision* (revisão adesiva), muito similar ao recurso adesivo brasileiro. (*Op. cit.*, p. 101.).

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 103.

relevante³⁴⁸. No ordenamento jurídico argentino, o Código Processual Civil e Comercial da Nação, em seu art. 280, prevê o chamado requisito da “*gravedad institucional*”³⁴⁹.

A Suprema Corte argentina, como identifica SAGÜÉS³⁵⁰, tem se utilizado do conceito de “*gravedad institucional*” para absorver questões que excedam o mero interesse das partes. Isto em casos que envolvam temas de macro política, que comprometam a credibilidade ou o bom funcionamento das instituições nacionais, que comovam a sociedade, etc.

Cita-se, de igual modo, a Itália. Os feitos remetidos ao Tribunal Constitucional italiano devem ser dotados de relevância suficiente para, de forma geral e difusa, transcender o caso concreto³⁵¹.

Assim também o é na Espanha. CASTRO e SENDRA³⁵² observam que se no recurso de amparo, por exemplo, a matéria possua como pressuposto uma suposta disposição normativa constitucional, o que excede o âmbito intersubjetivo e afeta um maior âmbito espacial de pessoas e assuntos, deve ser utilizado, em sua substituição, o instrumento da *cuestión de inconstitucionalidad*, mecanismo de acesso ao Tribunal Constitucional Espanhol com filtros muito parecidos aos demais aqui apresentados.

De fato, o requisito da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Emenda Constitucional n° 45/2004, cria um novo pressuposto recursal ao recurso extraordinário, exigindo-o, em tese, para seu conhecimento, que a questão constitucional abordada tenha reflexos não ao caso individual em si, mas à vida de toda a coletividade, no que concerne aos aspectos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos por ventura envolvidos.

³⁴⁸ TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996 – um processo para o próximo século. *Revista do Processo*, v. 99, ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p 62.

³⁴⁹ Cf. LEGARRE, Santiago. *El Requisito de la Trascendencia en el Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

³⁵⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Op. cit., p. 253. [nota 52].

³⁵¹ SOSA, Edgar Corzo. *La Cuestión de Inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1998. p 428.

³⁵² CASTRO, José L. Cascajo, e SENDRA, Vicente Gimeno. *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1992. p. 162.

Sem adentrar com a profundidade que o tema merece – posto, infelizmente, não ser esse o foco central do presente trabalho – percebe-se nitidamente que, contudo, a regra da repercussão geral, da forma como é introduzida no Texto Constitucional brasileiro, pode ser de pouca valia no aprimoramento do sistema de controle misto de constitucionalidade brasileiro.

A incongruência da redação da Emenda Constitucional nº 45/2002 não reside tão somente, como possa parecer, na necessidade de quorum especial para rejeição do recurso extraordinário³⁵³. A atual exigência de maioria qualificada para a recusa da apreciação desse recurso segue, infelizmente, uma tradição do direito brasileiro, outrora constituída com a argüição de relevância.

A antiga argüição de relevância, assim disciplinada pelos artigos 327, 328 e 329, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, obriga que a sua votação seja secreta³⁵⁴ pelo Plenário e, como dito alhures, basta a aprovação de quatro Ministros para que a argüição seja acolhida³⁵⁵.

A dificuldade de otimização da regra da repercussão geral está atrelada à sua regulamentação por lei infraconstitucional. Isto tornaria, em tese, não auto-aplicável³⁵⁶, muito

³⁵³ Nos termos do art. 102, §3º, da CF, inserido pela EC nº 45/2002, o recurso extraordinário só não poderá ser conhecido com fundamento da ausência de repercussão geral, com a recusa de dois terços do total de membros do Supremo Tribunal Federal. Há, contudo, alguns autores, como é o caso de BARIONI, que alegam que a redação do parágrafo terceiro do art. 102 foi confusa, visto que não é elucidativo em afirmar se são dois terços do total de membros da Corte ou do total de membros presentes na sessão de julgamento. (BARIONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: Wambier, Teresa Arruda (Org.). Op. cit., p. 726.).

³⁵⁴ Sob os auspícios da Constituição de 1988, a repercussão geral deverá ser apreciada em sessão aberta e não secreta, por força dos incisos IX e X, do art. 93.

³⁵⁵ Ibid., p. 725.

³⁵⁶ BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54.

embora se comungue do pensamento de ALVIM³⁵⁷ no sentido de capacitar ao Supremo Tribunal Federal, independentemente da elaboração de norma específica, o poder geral de avaliá-la³⁵⁸.

Crê-se que o constituinte reformador, quando vincula a aplicabilidade da regra da repercussão geral à regulamentação infraconstitucional, não é feliz. Isto porque a análise ou não da relevância da questão constitucional não pode ser associada a parâmetros positivados e estanques. Não é preciso que haja uma lei para que a Suprema Corte do Brasil possa, num juízo preliminar, auferir se o assunto em exame transcende os limites da lide particular e repercute, nos modos dos mais diversos, no dia-a-dia de uma parcela ou de toda a comunidade.

Como parâmetro para corroborar com tal assertiva, pode-se citar o papel que o Judiciário vem apresentando na limitação e extensão da legitimidade do Ministério Público. Lembra GOMES JÚNIOR³⁵⁹, por exemplo, que àquela instituição essencial à Justiça é assegurada a defesa dos interesses individuais homogêneos, como nos casos de aumentos de mensalidades escolares, nas questões vinculadas ao Programa de Crédito Educativo, na nulidade de cláusula de compra e venda em contratos de massa, na defesa de trabalhadores em situações de insalubridade, na proteção do direito ao recebimento do salário mínimo por servidores municipais, no aumento de mensalidade de planos de saúde, na regularização de loteamentos urbanos destinados a moradias populares, entre outros.

Se o Poder Judiciário constrói mecanismos interpretativos para definir quando o Ministério Público pode intervir e atuar em questões emblemáticas, supostamente individuais – porém dotados de um efeito catalisador inconteste – o que dizer da alta Corte do país em edificar

³⁵⁷ Ibid., p. 99.

³⁵⁸ Interessante notar que, muito antes da existência da Lei nº 9.868, de 1999, o Supremo Tribunal Federal já adotava o critério da pertinência temática para autorizar a legitimidade das entidades de classe, confederações sindicais e associações de âmbito nacional em provocar, via de ação direta, o controle de constitucionalidade.

³⁵⁹ Cf. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista do Processo*, v. 119, ano 30, jan. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

uma interpretação adequada do que vem a ser repercussão geral para fins de admissibilidade do recurso extraordinário?

Para referendar esta pergunta, tem-se conhecimento, de há muito, que o Supremo Tribunal Federal confere, para si, poderes de criação de barreiras, em matéria de admissibilidade do recurso extraordinário, sem qualquer pré-definição expressa normativa. Sabe-se que, por exemplo, existe um conjunto de Súmulas editadas pelo STF tratando sobre limites para o conhecimento deste recurso³⁶⁰.

Neste sentido, a suposta vagueza do conceito de repercussão geral é pertinente, porquanto atinge o seu real objetivo, qual seja o de permitir a plasticidade necessária para se adequar às mutações e inovações da vida constitucional.

Na esteira de CARREIRA ALVIM³⁶¹, a fluidez, a abertura e a indeterminação dessa expressão exigem do legislador infraconstitucional a sensibilidade não só para não transformar o requisito de admissibilidade em obstáculo ao acesso à justiça, mas também para não engessá-lo, a ponto de impossibilitar ao Supremo Tribunal Federal uma sintonia de sua competência e apreciação às realidades e ao cotidiano de seu povo.

³⁶⁰ Súmula 280 – “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”; Súmula 282 – “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”; Súmula 283 – “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”; Súmula 284 – “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”; Súmula 285 – “Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra c do art. 101, III, da Constituição Federal”; Súmula 286 – “Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial”; Súmula 292 – “Interposto recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, inciso III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros”; Súmula 454 – “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 296-298.

³⁶¹ CARREIRA ALVIM, J. E. Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na Reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/2004). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(Orgs.). Op. cit., p. 325.

3.4.5 Fechamento do debate

O diagnóstico que se tentou fornecer neste terceiro capítulo da formação do denominado controle difuso da constitucionalidade no Brasil e, como consequência, de suas principais características positivas e negativas, perpassando-se por suas recentes inovações, traz consigo algumas frutíferas e necessárias considerações.

Inicialmente, há de constatar que a divisão didática entre os adjetivos difuso e concentrado para os modelos de controle de constitucionalidade não mais condizem, pelo menos no Brasil, com a realidade. Existe, atualmente, uma forte tendência doutrinária em admitir que ambos os modelos estejam se convergindo num só.

CAPPELLETTI afirma, por exemplo, da necessidade de se ultrapassar algumas barreiras existentes entre o *civil law* e o *common law*, o que proporcionará a evolução dos dois grandes modelos de controle de constitucionalidade, no sentido de efetuar uma atenuação progressiva, recíproca e convergente das contraposições³⁶². Por exemplo, a Suprema Corte americana, como afirma BAUM³⁶³, nos últimos cinquenta anos, aproxima-se cada vez mais do arquétipo dos Tribunais Constitucionais europeus. De outro lado, a Europa vem experimentando algumas combinações das técnicas do controle concentrado (tipo austríaco) com o incidental (tipo americano), especificamente com a Itália³⁶⁴.

³⁶² CAPPELLETTI, Mauro. El significado del control judicial del constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporaneo. *La Justicia Constitucional*. México: UNAM, 1987. p. 206.

³⁶³ BAUM, Lawrence. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*. Barcelona: Librería Bosh, 1987. p 152.

³⁶⁴ SEGADO, Francisco Fernandez. La Jurisdicción Constitucional ante el siglo XXI – La quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Tomo XLI, 2002. Córdoba, 2002. p. 66.

Não há, assim, como admitir que o controle de constitucionalidade brasileiro seja estudado ou utilizado por meio de uma divisão estanque, como se os caminhos difuso e concentrado não possuíssem meios de complementação, sobreposição e integração.

Somente para fins de pontuar essa aludida e saudável integração, cita-se a possibilidade de interposição de recurso extraordinária (instrumento tipicamente difuso) das decisões prolatadas, em sede de controle concentrado, pelos Tribunais de Justiça dos Estados nas ações diretas estaduais de inconstitucionalidade, especificamente quando houve a alegação de ofensa aos dispositivos estaduais que, por seu turno, reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros.

Nessas situações, conforme se consolidou na jurisprudência do STF por meio da Reclamação n° 383-3/SP³⁶⁵ (STF, Relator Ministro Moreira Alves, Julgado em, DJ de 21.05.1993), se a posição do Tribunal de Justiça apresentar interpretação que viole, conseqüentemente, dispositivo constitucional federal (de observância obrigatória) pela Carta Estadual reproduzida, cabe recurso extraordinário.

Retomando-se o debate central, crê-se que a quebra do paradigma bipolar defendido por SEGADO, acima mencionado, amolda-se perfeitamente ao caso brasileiro, tanto que se detectam, nos últimos anos, várias tentativas - como dito alhures - de aperfeiçoamento dos dois trajetos de aferição da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, especificamente as colacionadas por intermédio da Emenda Constitucional n° 45/2004.

Contudo, as inovações no Brasil trazidas pela Reforma do Judiciário, através da supracitada emenda, não são suficientes para alcançar o nível de excelência na qualidade do controle constitucionalidade, principalmente sob uma abordagem difusa.

³⁶⁵ DJ 21-05-1993 p.09765. Ementário. vol-01704-01 pp.-00001. RTJ - vol-00147-02 pp.- 00404.

Por mais que se aplaudam tais incrementos, a súmula vinculante e o requisito da repercussão geral no recurso extraordinário talvez colaborem nos esforços em resolver os problemas, mas não deixam de ser paliativos para diminuir o grau de intranqüilidade normativa e de volume de processos que assolam a comunidade jurídica brasileira. As mencionadas alterações focalizam o problema a partir da vivência do Supremo Tribunal Federal.

De fato, segundo informações do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), entre os anos de 2000 a 2005, o Supremo Tribunal Federal recebe 574.663 novos processos. Em contrapartida, em idêntico período são julgados mais de 514.500 feitos³⁶⁶.

Especificamente, o volume de Recursos Extraordinários é assustador. Em 2002, são distribuídos 34.719 recursos extraordinários e julgados 34.396. Em 2003, distribuídos 44.478 e julgados 43.054. Em 2004, distribuídos 26.540 e julgados 35.793. E, por fim, no ano de 2005 (dados até abril do corrente ano), são distribuídos 9.924 e julgados 10.377³⁶⁷.

Isso sem contar a quantidade exorbitante de Agravos de Instrumentos interpostos contra as negativas de admissibilidade dos recursos extraordinários. Somente entre os anos de 2002 a 2005, são julgados 174.916 recursos de agravos de instrumento³⁶⁸.

Outro quadro comparativo merece registro. Diante das estatísticas entre 1990 a 1999, os recursos extraordinários e agravos de instrumentos correspondem a 92,1% do total de processos distribuídos do Supremo Tribunal Federal. Entre os anos de 2000 a 2005, o percentual aumenta para 96,8%³⁶⁹.

Com a súmula, os juízes e tribunais de primeiro grau estão vinculados. Todavia, essa ferramenta não obstaculiza a interposição de recursos, inclusive o extraordinário, pelas partes.

³⁶⁶ <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>. Acesso em: 25 de julho de 2005.

³⁶⁷ <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/ClasseProc.asp>. Acesso em: 25 de julho de 2005.

³⁶⁸ Idem. <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/ClasseProc.asp>. Acesso em: 25 de julho de 2005.

³⁶⁹ <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/PercREeAg.asp>. Acesso em: 25 de julho de 2005.

Não se trata, portanto, de uma situação impeditiva de recurso³⁷⁰. Assim, o que pode ser eficaz do ponto de vista da coerência das decisões dos tribunais inferiores aos pronunciamentos sumulados do Supremo Tribunal Federal, não o será quanto à razoável duração dos processos. Isto porque, a cada decisão prolatada (seguindo o que convencionou a súmula), a parte vencida pode interpor um novo recurso e assim sucessivamente, facultando a ela chegar, com os meios de insurgência que o ordenamento lhe oferece, ao Supremo Tribunal Federal³⁷¹.

Igualmente, há como certo um aumento do número de reclamações constitucionais a serem ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, (1) para exigir o cumprimento da súmula pelos tribunais inferiores ou (2) para afastar a sua incidência³⁷². Resolve-se de um lado, complica-se do outro.

Do mesmo modo, no que concerne ao requisito da repercussão geral, tal exigência não desafoga o Supremo Tribunal Federal. Isto se deve em razão de, para não admitir o recurso extraordinário com base nesse fundamento, o Supremo Tribunal Federal tem que se reunir na composição plenária e, ato contínuo, alcançar a maioria absoluta de dois terços. Para analisar se aquele caso é ou não uma questão constitucional de repercussão geral, os autos devem ser analisados e o mérito, mesmo que superficialmente, debatido. Ademais, a discussão sobre a

³⁷⁰ A súmula vinculante perdeu parte de seu poder de coerção com a retirada do texto do Projeto de Emenda Constitucional nº 96/1992 que a criou da sanção por crime de responsabilidade para o agente político que a descumprisse, com a perda, inclusive, do cargo para o agente da administração. Assim dispunha o §4º do art. 98: “o reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o §2º do art. 106, configura crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da administração, sem prejuízo de outras sanções.” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *A (in)efetividade da súmula vinculante*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(Orgs.). Op. cit., p. 595.

³⁷¹ A experiência recente brasileira mostra o que se desejou explanar. Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado, através de seu colegiado maior, sobre a incidência dos expurgos inflacionários sobre as contas vinculadas do FGTS, a Caixa Econômica Federal (entidade autárquica controladora do fundo de garantia por tempo de serviço nacional) interpõe recursos reiterados e sucessivos nos feitos individuais e coletivos, procrastinando a solução do caso e gerando um acúmulo, no seio dos tribunais, de processos idênticos.

³⁷² Cf. RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000. e MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(Orgs.). Op. cit., pp. 391-413.

repercussão geral de um caso não afeta os demais, sendo esses, portanto, passíveis de nova avaliação do Supremo Tribunal Federal³⁷³.

Tais modificações no controle difuso de constitucionalidade podem ser mais bem adaptadas com a utilização de mecanismos processuais, de matiz infraconstitucional. Porém, o foco da melhoria de qualidade desse método não pode residir na atividade em si do Supremo Tribunal Federal, mas no cotidiano dos juízes e tribunais inferiores, pois é ali e não lá que se vivencia a aferição concreta de constitucionalidade.

A leitura das estatísticas trazidas do Supremo Tribunal Federal mostra que a Corte Maior está efetivamente sobrecarregada. Se assim o é, o que dirão os juízes e tribunais ordinários.

Por outro lado, sabe-se que uma questão constitucional para chegar, dentro do método difuso, à apreciação do Supremo Tribunal Federal, percorre, sob a ótica de uma demanda específica, uma longa e tortuosa *via crucis*. Até se alcançar o ápice da organização judiciária nacional e, ato contínuo, a estabilização da decisão do caso concreto, os jurisdicionados hão de conviver na sistemática dialética que lhe é posta, com o fator, como dito, da intranqüilidade.

Se houvesse no seio do sistema difuso, um instrumento capaz de corrigir, paralelo aos mecanismos já existentes, o problema da intranqüilidade jurídica e da diminuição do número de processos a serem apreciados, a médio e longo prazo, pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia, sim, falar em real melhoria do método concreto de aferição de constitucionalidade.

Como não há uma política efetiva de inserção do princípio ao respeito dos precedentes no Brasil, o instrumento que poderia vir a substituí-lo seria, por exemplo, a inserção da eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade concreto.

³⁷³ Registre-se que aqui a defesa da tese de que, após analisado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal um recurso sob o tópico da repercussão geral, na hipótese de não admiti-lo, por maioria absoluta de dois terços, aplicar-se-á o disposto no art. 557, §1º, do Código de Processo Civil brasileiro, permitindo que o relator não admita recursos similares, análogos ou idênticos, por confronto com jurisprudência dominante do STF. Na mesma linha, ver BARIONI, Rodrigo. In: O recurso extraordinário e as questões de repercussão geral. In: Op. cit., p 727. [nota 353].

Mas não é só. Faz-se oportuna a colocação, no sistema brasileiro, a título de *de lege ferenda*, do incidente de argüição de inconstitucionalidade *stricto sensu*, matéria objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO IV

O INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 Considerações Iniciais

Para que não haja divergência com relação ao instituto que se está a estudar no presente capítulo – fruto da polissemia das palavras que compõem tal expressão – remete-se à necessidade de encontrar sua singularidade, diferenciando-o de outros mecanismos vigentes.

O vocábulo “incidente” resume-se como aquilo que recai sobre algo previamente havido. Trata-se, assim, de uma circunstância superveniente, mas acessória e complementar a algo já posto. Portanto, o incidente de argüição de inconstitucionalidade traduz-se como uma forma de se suscitar (argüição), a partir de uma determinada demanda (incidente), uma questão constitucional que, dada a sua importância, é essencial para a solução do caso concreto.

Genericamente, a expressão *incidente de argüição de inconstitucionalidade* pode ser visualizada de duas maneiras. A primeira delas é correspondente ao instituto processual utilizado no decorrer do processo, principalmente no âmbito dos tribunais, na hipótese em que a solução do conflito de interesses só pode ser alcançada com o enfrentamento direto da questão constitucional, mais precisamente com a necessidade do afastamento (declaração) da lei ou ato normativo incompatível com o Texto Maior. A outra - ainda não existente no Brasil - traduz-se como aquele que, a partir de uma demanda específica, provoca-se a Corte Constitucional para que, de forma definitiva, formule juízo de valor sobre a compatibilidade da lei ou ato normativo ao Texto Constitucional posta à prova.

O incidente endo-processual é de natureza difusa de aferição da constitucionalidade e, como tal, já existe no sistema de controle brasileiro. Por outro lado, o incidente meta-processual funciona como um instrumento de integração do difuso com o concentrado, proporcionando um juízo de constitucionalidade imediato pela Corte Suprema. Esse ainda não é, como dito anteriormente, objeto de introdução na ordem jurídica nacional.

4.2 O incidente de argüição de inconstitucionalidade endo-processual (*de lege lata*)

Viu-se que o controle difuso brasileiro atualmente permite que qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar, na solução de um caso concreto, uma lei ou ato normativo por reputá-lo inconstitucional. Diz-se lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal, de forma indistinta.

A questão constitucional surge no desenrolar da lide, não como ponto principal do conflito de interesses, mas como premissa ou subsídio para a fundamentação de um direito, cuja titularidade se analisa³⁷⁴.

Trata-se de um incidente e não de uma exceção, como comumente se encontra³⁷⁵. Pode-se falar que, desse modo, o incidente de argüição de inconstitucionalidade *lato sensu* resume-se em uma questão prejudicial (prévia), que o magistrado ou o tribunal tem o dever de enfrentar antes da questão principal, a saber: a solução em si do conflito de interesse.

³⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. Op. cit., p. 792. [nota 1]

³⁷⁵ Como leciona GRINOVER, dizer que a argüição seria uma exceção é tecnicamente inapropriado, porquanto a exceção indica um instrumento de defesa oposto necessariamente pelo réu, o que não é a hipótese. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 154).

A arguição da questão incidental de inconstitucionalidade (*de lege lata*) não possui ou depende de procedimento específico. Em outras palavras, pode ser invocada na petição inicial ou em petição intercalada nos autos, na contestação, nas razões ou contra-razões recursais, na sustentação oral ou, ainda, na ação rescisória³⁷⁶.

Permite-se argüi-la não só nas ações previstas na legislação infraconstitucional cível ou penal, mas também nas denominadas ações (remédios) constitucionais, como são as situações do *habeas-corpus*, *habeas-data*, mandado de segurança e ação popular³⁷⁷.

Em contrapartida, o Ministério Público pode suscitá-la em audiência, por escrito ou oralmente, quando do julgamento em sessão (segunda e terceira instâncias). Por fim, o magistrado pode fazê-lo de ofício, na decisão interlocutória, na sentença e na própria sessão de julgamento (no âmbito dos colegiados e tribunais). A referida iniciativa oficiosa do magistrado, assim traduzida por intermédio de uma atuação ativa do juiz na arguição do incidente, decorre de seu próprio compromisso com a defesa e proteção da Constituição³⁷⁸.

Uma vez detectada a incompatibilidade do texto normativo suscitado à Constituição, o magistrado ou o tribunal assegura, com conseqüência lógica desse processo de concretização, a não aplicação da norma questionada na relação jurídica sob exame³⁷⁹.

Essa não aplicação corresponde a uma declaração, no caso – para o caso e entre as partes – da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. Assim, o preceito normativo continua vigendo na ordem jurídica nacional, todavia, deixa de ser aplicado no caso concreto objeto do julgamento³⁸⁰.

³⁷⁶ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado*. Op. cit. p. 661. [nota 376].

³⁷⁷ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 48. [nota 63].

³⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 255.

³⁷⁹ VELOSO. Op. cit., p. 43. [nota 63].

³⁸⁰ BITTENCOURT, Lúcio C. A.. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. p. 134. [nota 314].

Em primeiro grau de jurisdição, o magistrado realiza sozinho esse procedimento de filtragem constitucional. Porém, no âmbito dos tribunais ordinários e especiais, a aferição dar-se-á, por força do art. 97, da Constituição Federal de 1988, por intermédio de uma decisão colegiada, necessariamente constituída pela maioria absoluta dos membros que compõem o respectivo tribunal.

A fim de esmiuçar o *modus operandi* do incidente argüição de inconstitucionalidade (*de lege lata*) no âmbito dos tribunais, verifica-se a seguir um tópico específico para debater sobre seu processamento.

4.2.1 O processamento

Se em primeira instância, a questão constitucional é verificada nos próprios autos, mediante uma decisão interlocutória ou como um capítulo da sentença de mérito, na segunda e terceira (ou até “quarta” – leia-se STF) instâncias, a prejudicial é, depois de argüida e admitida, objeto da instalação de um procedimento específico, oportunidade na qual o julgamento pelos órgãos fracionários é suspenso e essa questão é endereçada ao pleno ou órgão especial daquele tribunal.

Mas como isso se processa no âmbito dos órgãos fracionários? No ato da sessão de julgamento, o relator, ou os demais membros do colegiado fracionário, submete(m) à apreciação de seus pares o tema da inconstitucionalidade. Nesta primeira etapa, o órgão fracionário analisa a plausibilidade ou não da argüição incidental de incompatibilidade (art. 480, do Código de Processo Civil) e nada mais. Acaso a argüição não seja considerada plausível, o julgamento prossegue, afastando-se qualquer vício de inconstitucionalidade sobre a norma outrora impugnada.

Em suma, a lei ou ato normativo atacado mantém o seu *status* de validade constitucional e, conseqüentemente, deve ser aplicado no caso concreto (art. 481, do Código de Processo Civil brasileiro) com todas as conseqüências decorrentes. Essa rejeição pode ocorrer de dois modos: (1) pelo relator, através do indeferimento liminar, ao não vislumbrar nos autos qualquer indício de inconstitucionalidade e, assim, nem sequer levar ao conhecimento dos seus pares tal argüição; (2) pelo próprio colegiado fracionário, depois de submetida em mesa à análise da plausibilidade dessa argüição³⁸¹.

Porém, se o órgão fracionário vislumbrar subsídios jurídicos para o acatamento da argüição, far-se-á necessária a lavratura de um acórdão, invocando sucintamente os sinais da inconstitucionalidade vindicada; ato contínuo, o julgamento da ação originária ou do recurso é paralisado e o incidente, depois de instruído, é remetido ao tribunal pleno ou órgão especial (art. 481, do Código de Processo Civil brasileiro). Dá-se o que BARROSO³⁸² intitula de cisão funcional da competência, porquanto o pleno ou órgão especial julga a questão constitucional e, noutra banda, órgão primeiro o caso concreto, tendo como ponto de partida (premissa) o que fora anteriormente definido como resultado da aferição da constitucionalidade.

Cumprе observar que o pleno ou o órgão especial não está obrigado a conhecer do incidente de inconstitucionalidade concretizado pelo órgão fracionário. Confere-se, portanto, ao tribunal pleno ou órgão especial, a prerrogativa de não aceitar o incidente, acaso não corrobore com a análise prévia da plausibilidade e da relevância da questão vindicada (juízo de admissibilidade).

Por ventura ultrapassada a discussão dos requisitos de admissibilidade do incidente, o tribunal pleno ou órgão especial deve enfrentar o mérito da questão constitucional posta em

³⁸¹COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado*. Op. cit. p. 662. [nota 376].

³⁸²BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 80. [nota 150].

exame e, se assim entender correto, declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo viciado.

O julgamento desse incidente pelo tribunal pleno ou órgão especial exige *quorum* de maioria absoluta do total de membros da corte, e não dos presentes à sessão, para seu provimento.

A decisão do incidente comporta a lavratura de um acórdão específico que, remetido ao órgão fracionário de origem, o vinculará para fins de fundamentação e caminho a ser seguido para a solução do conflito concreto de interesses³⁸³.

O órgão fracionário está, em suma, obrigado a se fundar na decisão do incidente (pelo pleno ou órgão especial), mesmo que seus integrantes tenham sido votos vencidos no julgamento da questão constitucional.

O resultado do julgamento da questão constitucional pelo pleno ou órgão especial do respectivo tribunal não comporta recurso específico³⁸⁴. Todavia, a parte que se sentir prejudicada pode se insurgir do acórdão que deu a solução do caso concreto, cuja premissa (questão constitucional) foi incorporada.

A supracitada matéria já está consolidada jurisprudencialmente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, através das súmulas n° 293, 455 e 513 da Corte Suprema³⁸⁵. Em outras palavras, não existe recurso singular para o julgamento da questão constitucional pelo pleno ou

³⁸³ Aqui comporta uma observação. Diferentemente de todos os outros tribunais nacionais, o Supremo Tribunal Federal não se resume, através de seu plenário, a julgar a questão constitucional, quando instado a fazê-lo mediante o sistema difuso. Nos termos do art. 177, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o pleno não só analisa a questão constitucional como avança para as demais questões da causa, analisando o recurso ou ação originária em si.

³⁸⁴ Ibid., p. 80.

³⁸⁵ Súmula n° 293 – “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais”; Súmula n° 455 – “Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional”; Súmula n° 513 – “a decisão que enseja a interposição do recurso ordinário ou extraordinário, não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”. In: NERY JÚNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 1691/1698/1701.

órgão especial, mas é possível que a parte vencida recorra do acórdão do órgão fracionário que emitiu juízo de valor sobre o caso concreto, pronunciamento este vinculado àquela decisão do incidente enfrentado pelo órgão maior do tribunal.

4.2.2 Declaração de inconstitucionalidade ou não aplicação da lei ou ato normativo considerado inconstitucional?

Alguns autores, como é o caso de STRECK³⁸⁶, a fim de elucidar o porquê dessa exigência na competência exclusiva do plenário ou órgão especial para o enfrentamento da questão constitucional, buscam isolar as características da intervenção judicial em primeiro e segundo graus sobre essa matéria.

Partindo da constatação de que é dever de todo e qualquer magistrado examinar a compatibilidade do texto infraconstitucional com a Constituição, o supracitado autor aponta uma suposta diferença substancial, e não procedimental, entre o controle difuso exercido pelo juiz de primeiro grau e o efetuado pelos tribunais.

STRECK afirma que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade do texto normativo contrário à Constituição, mas deixa de aplicá-lo³⁸⁷. A declaração de inconstitucionalidade existiria, tão somente, no âmbito dos tribunais, e é por isso que o princípio da reserva de plenário ali seria exigido.

Assim, a justificação para a divisão de tratamento fundar-se-ia no fato de que o juiz não declara “(...) a inconstitucionalidade, mas, sim, o conteúdo, de sua decisão recai sempre sobre a

³⁸⁶ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Op. cit., pp. 456-457. [nota 77].

³⁸⁷ Ibid., p. 456. Aqui há de se apontar que, em outro trecho superveniente, ao criticar uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT, 1ª Câmara Cível, Ac. 1.089.914, DJU 14.10.98, p. 300), o mencionado autor desfaz a sua afirmação primeira, dizendo não existir “diferença entre ‘declarar-se que a lei é inconstitucional’ e ‘deixar de aplicar a lei por se a considerar inconstitucional’”, muito embora mais tarde volte a fazê-lo. (Ibid., p. 464 e p. 471, respectivamente).

relação jurídica”³⁸⁸. Em que pese tais argumentos, não há qualquer diferença substantiva entre o conteúdo da decisão do juiz singular e dos tribunais sobre questões constitucionais oriundas do controle difuso.

Este trabalho outrora consigna que a importação do princípio da reserva de plenário, para fins de controle difuso de constitucionalidade dos tribunais, não é acompanhada de sua principal justificativa: a efetivação de uma organização judiciária, cuja primazia seria o respeito e a vinculação aos precedentes.

Defende-se, em tópicos anteriores, que o princípio da reversa de plenário é introduzido e depois reiteradamente mantido no Brasil (hoje o art. 97, da Constituição Federal de 1988) com o intuito de evitar a banalização das declarações de inconstitucionalidade pelos órgãos fracionários dos tribunais, esfacelando o pensamento geral do tribunal, o que elevaria o grau de insegurança jurídica (dissídios *intra muros*). Entretanto, não existe a quebra do paradigma do *civil law* para o sistema anglo-saxônico, e talvez nem sequer seja esta a intenção dos constituintes de 1891³⁸⁹.

Como dito alhures, sabe-se que a questão constitucional é vislumbrada no método difuso brasileiro como uma matéria prejudicial, não sendo ela, portanto, o pedido central da lide concreta em exame.

³⁸⁸ Cf. BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 75.

³⁸⁹ Muito embora se comungue da tese de que a efetiva inserção do princípio do respeito aos precedentes seria uma alternativa extremamente eficaz para a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, a redução substancial do número de processos e recursos, a facilitação do acesso ao Judiciário e a diminuição da insegurança jurídica. Sobre o tema, vide TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. Politização do Judiciário e a Judicialização da Política – A reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 33, out.-dez 2000, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 77.

Sendo ela um obstáculo a ser enfrentado no curso do processo de solução do conflito concreto de interesses, a questão constitucional é, seja ela decidida pelo juiz singular ou pelo tribunal, o fundamento (a premissa) para a emissão final do juízo de valor jurisdicional³⁹⁰.

Mais precisamente, como observa PALU³⁹¹, a questão constitucional está adstrita, no modelo difuso, à motivação da decisão judicial, não sendo sequer o pedido imediato ou mediato do processo. Isso também se aplica às demandas efetivamente mandamentais, como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, arresto, seqüestro, retificação de registro público, etc³⁹².

Neste sentido, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo tanto pode funcionar como o único fundamento jurídico do pedido, ou ser apenas mais um deles, na formação do convencimento do juiz ou do tribunal. Isto insere a questão constitucional efetivamente sob o âmbito da motivação da decisão judicial³⁹³.

Muito embora incorporada às matérias adstritas à fundamentação da decisão e não à parte dispositiva do acórdão ou da sentença que põe fim à solução dos conflitos entre as partes do processo, a questão constitucional tem duas formas de ser enfrentada pelo juiz singular ou pelos tribunais: (1) considerá-la inadequada, interpretando como constitucional a lei ou o ato normativo vindicado; ou, ao contrário, (2) apontá-lo como inconstitucional, mediante expressa indicação em um dos capítulos da sentença ou no acórdão que julga o incidente.

Em ambos os momentos – na sentença do juiz singular ou no acórdão do julgamento do incidente pelo tribunal – há uma declaração judicial de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo correlacionado ao caso concreto em discussão que, como consequência, possibilitará a

³⁹⁰ POGLIESE, Marcelo Weick. O estudo do Controle de Constitucionalidade sob à ótica do Direito Processual Coletivo Brasileiro. João Pessoa: Revista Parahyba Judiciária. v. V, ano 2005, p. 161.

³⁹¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. Op. cit., p. 41.

³⁹² Ibid., p. 269.

³⁹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Op. cit., p. 344. [nota 133].

não utilização (aplicação) daquela norma viciada como premissa jurídica para a solução da pendência judicial.

O fato de a decisão do incidente de inconstitucionalidade pelo tribunal pleno ou órgão fracionário funcionar como a tentativa de um precedente para o julgamento de outros casos idênticos ou análogos pelo mesmo colegiado – o que enseja, inclusive, a alteração do art. 481, do Código de Processo Civil (assunto do próximo tópico desse trabalho) – não implica em dizer que se trata de uma intervenção judicial diversa daquela exercida pelo juiz singular, porquanto a declaração da instância maior não vincula, horizontal ou verticalmente, os supervenientes casos análogos.

Não é, assim, o formato do processamento da questão constitucional que modifica o conteúdo do ato jurisdicional que a elide. Entende-se que existam declarações de inconstitucionalidade em ambos os instantes e, como consequência dessas demonstrações, haverá, nos dois momentos, a não aplicação da norma reputada inconstitucional. Primeiro se declara para depois, sim, não se aplicar.

Não pode existir inaplicabilidade da norma sem a antecedente justificação, o que se concretiza através de um ato declarativo. A declaração de inconstitucionalidade incidental é, portanto, a premissa básica para que o juiz ou o tribunal possam, no caso concreto, rejeitar (afastar) a incidência de uma lei ou ato normativo tido como incompatível com a Constituição³⁹⁴.

Diz-se que são atos judiciais de conteúdos idênticos, entretanto de formas diferenciadas, visto que são inclusive emanados por órgãos jurisdicionais distintos. O primeiro nasce de um exercício de interpretação e compreensão individual e isolada; o segundo é fruto de um processo

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 179.170-5/CE, 1ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 30.10.1998. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade* Op. cit., p. 79. [nota 215].

dialético decorrente da própria natureza de um colegiado. Se assim o são, o percurso para a definição da questão constitucional não tem como não ser diverso um do outro.

Porém, repita-se, essa distinção procedimental não pode servir de ponto de partida para uma diferenciação entre o ato do juiz singular e o ato dos tribunais quando enfrentam, no caso concreto, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Não é também razoável afirmar que a atuação dos tribunais, na apreciação do incidente, apresentaria efeitos significativamente diversos daquela declaração emanada pelo juiz singular.

A análise da questão constitucional pelos tribunais plenos ou órgãos especiais não é objeto, por si só, da influência da coisa julgada, tampouco se transformaria num julgamento *erga omnes*, o que, em tese, vincularia todos os órgãos fracionários e juízes àquele pronunciamento maior.

O incidente de inconstitucionalidade, no âmbito dos tribunais, não deixa de ser, para o processo do qual foi originado, uma matéria prejudicial. Sendo assim, torna-se uma fase intermediária na evolução racional da interpretação e solução da lide. O que será objeto da coisa julgada é a decisão do conflito concreto de interesses (parte dispositiva) e não do incidente em si³⁹⁵.

Partindo-se do raciocínio de que a coisa julgada só incide sobre a parte dispositiva da decisão (comando judicial) e se somando ao fato de que a declaração de inconstitucionalidade se constitui como uma questão prejudicial (antecedente lógico do julgamento, porém não é a questão principal), logo se conclui que essa atuação judicial não faz coisa julgada.

³⁹⁵ Basta lembrar o que dispõe o art. 469, do Código de Processo Civil brasileiro, no sentido de que não fazem coisa julgada “(I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; (II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; (III) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

Para corroborar com tal assertiva, cumpre-se lembrar que não é o julgamento da questão constitucional pelo pleno ou órgão especial que é passível de recurso, mas a decisão do órgão fracionário, prolatada após a definição daquele assunto prejudicial. Ademais, mesmo que se entenda, o que não se advoga neste trabalho, que no controle difuso a questão constitucional faz coisa julgada, essa só alcança as partes em litígio³⁹⁶. Se assim o é, não deixa de existir uma declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, porém seus efeitos têm seu âmbito de produção interpartes³⁹⁷.

Igualmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão constitucional difusa será apreciada através de recurso extraordinário ou de ação originária (aqui não se confunda com as ações diretas). As decisões, nessas situações, da Corte Suprema brasileira também terão eficácia *inter partes*³⁹⁸. Neste ponto, há que se convergir com aqueles que defendem, como é o caso de MENDES, outrora citado, e AMARAL JÚNIOR³⁹⁹, a eficácia *erga omnes* e a força vinculante das decisões do pleno ou do órgão especial do STF, em matéria de incidente de inconstitucionalidade.

Muito embora tenha sido, como dito anteriormente, o desejo dos constituintes de 1891 em consolidar um sistema similar ao *judicial review* norte-americano – com as características, dentre as quais do *stare decisis* – tais decisões no Brasil, por força da tradição do *civil law*, ainda não vinculam os juízes de primeiro grau, tampouco possuem efeito vinculante sobre os órgãos fracionários do tribunal. Dessa maneira, podem influenciar (são capazes até de extravasar os

³⁹⁶ MACHADO, Daniel Carneiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.108.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1.012/SP, relator Ministro Moreira Alves. Revista Trimestral de Jurisprudência 95/999.

³⁹⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Tomo I - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p 301.

³⁹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade* Op. cit., p. 79. [nota 215].

autos), contudo não são obrigatórias para outros casos, a não ser aquele do qual foi originado o incidente decidido.

Para corroborar com o dito, basta dizer que o órgão fracionário pode se posicionar pela constitucionalidade da lei e não se utilizar dos argumentos que norteiam o julgamento de um incidente pretérito do pleno ou órgão especial do tribunal. E esse dissídio *intra muros* não comporta qualquer tipo específico de recurso, salvo nos tribunais superiores brasileiros (os chamados embargos de divergência, instrumento previsto no art. 546, do CPC).

Por fim, somente para fins de registro, verifica-se na doutrina e na jurisprudência brasileira uma série de dúvidas de como utilizar tal mecanismo, bem como dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade em demandas coletivas, como é o caso da ação popular, ação civil pública, ação coletiva em defesa dos consumidores, ação civil de improbidade administrativa, entre outras⁴⁰⁰.

O próprio Código Modelo de processos coletivos sugerido pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual⁴⁰¹ não aborda, com a precisão necessária, ao tratar da coisa julgada e de seus efeitos *erga omnes*, o problema da decisão de inconstitucionalidade da lei ou atos normativos nas ações coletivas. O art. 33, mais precisamente, em seu §5º, acalora ainda mais o debate, no instante no qual rechaça os limites da competência territorial do órgão julgador como óbice à efetiva eficácia geral de suas decisões no âmbito dos processos coletivos. Mas isso é assunto para outro arrazoado.

⁴⁰⁰ POGLIESE, Marcelo Weick. O Estudo do Controle de Constitucionalidade sob a ótica do Direito Processual Coletivo Comum Brasileiro. Op. cit. p. 158. [nota 390].

⁴⁰¹ Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo – Estudos e Pareceres*. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 387.

4.2.3 O art. 481, do CPC – limites e discussões.

Cumpra discutir a alteração do art. 481, do Código de Processo Civil brasileiro, advinda pela Lei nº 9.756/1998. Essa inovação legislativa insere o parágrafo único ao mencionado artigo, eximindo os órgãos fracionários dos tribunais em submeter a questão constitucional ao pleno ou órgão especial, quando já havido pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Essa modificação da lei adjetiva civil nacional decorre de uma tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal⁴⁰² em não exigir o cumprimento do art. 97, da Constituição Federal, na hipótese da matéria constitucional em exame ter sido outrora enfrentada pelo pleno, ou órgão especial do respectivo tribunal, ou pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em incidente de inconstitucionalidade pretérito.

Há os que apontam um vício de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 481, do Código de Processo Civil brasileiro, porquanto se estaria consolidando, com efeito vinculante, uma interpretação constitucional que não pode ser a do Supremo Tribunal Federal⁴⁰³. De fato, há uma tentativa de, via reflexa (legislação infraconstitucional), embutir, no seio do incidente de arguição de inconstitucionalidade, a força dos precedentes que não se encontram, de igual modo, no sistema clássico romano-germânico.

Entretanto, não podemos olvidar que este instituto nasce no sistema norte americano – de origem anglo-saxônica – e, nesse sentido, é concebido com o propósito de atender, com um grau

⁴⁰² São os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal: (1) STF, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 168.149-8/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJU 04.08.1995), cujo sentido foi tornar desnecessário o deslocamento do processo para o órgão especial ou para o pleno do tribunal quando já houver acórdão do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional o ato normativo suscitado naquele incidente, bem como (2) STF, RE 191.905/SC, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 29.08.1997.

⁴⁰³ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Op. cit., p. 458. [nota 77].

satisfatório de maturidade e segurança jurídica, as intervenções dos tribunais ordinários no juízo constitucional das leis e dos atos normativos. Se não era a vontade do constituinte de 1891 criar uma política de respeito aos precedentes, foi o seu objetivo, isto sim, inserir, no Brasil, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade que, como tal, exigiria uma atitude mais coesa dos tribunais em tais matérias.

A passagem no Brasil de um sistema eminentemente difuso para misto, com forte influência do concentrado, não é capaz de repensar, por exemplo, a própria existência do princípio da reserva de plenário, ainda mais quando se sabe que a grande maioria dos casos constitucionais é levada ao Supremo Tribunal Federal por intermédio de recurso extraordinário.

O sistema difuso de constitucionalidade brasileiro nasce e é construído sob os moldes norte-americanos. Contudo, amolda-se (incorretamente) para funcionar em uma concepção romano-germânica, o que prejudica sobremaneira sua compreensão.

Essa mutação, todavia, não é legislativa, tampouco constitucional, mas fruto de uma concepção e mentalidade doutrinária e jurisprudencial. Se incoerência há, prognóstico que já se refuta neste trabalho, essa seria da própria permanência do princípio da reserva de plenário, porquanto tal cláusula de barreira só é interessante de ser exigida se daquela decisão os órgãos fracionários e juízes estiverem obrigatoriamente vinculados, o que não é o caso do sistema difuso brasileiro, infelizmente.

Repita-se que a decisão do incidente de argüição de inconstitucionalidade *lato sensu* não possui, inclusive após da existência do parágrafo único do art. 481, do CPC, efeito vinculante além dos autos. A vinculação resume-se ao caso concreto e ao órgão fracionário do qual foi originado o incidente.

Como afirma NERY JÚNIOR e NERY⁴⁰⁴, o parágrafo único do art. 481 do CPC não impede ou veda que o órgão fracionário submeta a questão ao plenário ou ao órgão especial. Simplesmente lhe permite o exercício da faculdade de não ser obrigado a fazer uso do incidente, quando a matéria já foi enfrentada em julgamento pretérito pelo pleno ou órgão especial de seu tribunal ou pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de uma abordagem mais próxima aos comandos da economia processual e do direito fundamental à razoável duração do processo (art.5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004⁴⁰⁵). Ao contrário, qual seria o resultado de se remeter para o órgão especial, ou pleno, uma questão constitucional já por eles enfrentada? Simplesmente nenhum, na medida em que se concretizaria apenas uma repetição do julgamento pretérito.

Paralelamente, argumenta CRUZ⁴⁰⁶, a nova redação do art. 481, do CPC brasileiro, estaria violando a idéia da formação democrática das decisões judiciais, atentando-se contra o direito à ampla defesa, ao contraditório e à livre apreciação do Judiciário sobre as matérias que se lhe apresentam.

Pensa-se aqui ao contrário. Como não se defende o efeito vinculante das decisões prolatadas pelos órgãos especiais ou plenos dos tribunais ordinários em sede de incidente de argüição de inconstitucionalidade e, partindo-se da premissa de que o parágrafo único do art. 481 é uma faculdade a ser ou não exercida pelos respectivos órgãos fracionários, afasta-se, de plano, a idéia de engessamento da liberdade do juiz.

⁴⁰⁴ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Civil Extravagante em Vigor*. Op. cit. p. 790. [nota 385].

⁴⁰⁵ Art. 5º, inciso LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.

⁴⁰⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Op. cit., p. 349. [nota 133].

Ademais, se há violação ao espírito democrático, essa partiria do órgão fracionário ao não seguir o posicionamento majoritário de sua corte. Contudo, até isso o órgão fracionário pode fazê-lo, mesmo com a existência do parágrafo único do art. 481, do CPC, porquanto a posição contra majoritária para esse caso seria a hipótese daquele grupo, turma ou câmara se posicionar pela constitucionalidade da lei ou ato normativo e, conseqüentemente, refutar a própria declaração do incidente pretérito.

Muito menos se poderia falar em respeito ao contraditório e à ampla defesa. As partes possuem, durante a feitura das peças processuais que antecedem a apreciação do caso concreto pelo órgão fracionário, a faculdade de contra-argumentar aquilo que fora objeto do julgamento do tribunal por ventura utilizado como precedente e, inclusive, com a possibilidade de convencer o órgão fracionário a não segui-lo e, assim, a não utilizar da exceção do art. 481, do CPC.

Mesmo que isso não ocorra, os litigantes detêm a prerrogativa de invocar as vias recursais extraordinárias, a fim de que o Supremo Tribunal Federal reaprecie o mérito do precedente do tribunal *a quo*, empregado como fundamento da decisão do caso concreto de interesse das partes. Crê-se que, assim, não se está com o parágrafo único do art. 481 tangenciando qualquer disposição constitucional, porquanto que para o seu cabimento faz-se necessário um precedente prévio do pleno ou do órgão especial que, por maioria absoluta, declara inconstitucional uma lei ou ato normativo.

Entretanto, na esteira de STRECK⁴⁰⁷, não se admite a utilização do art. 481, do CPC, através do mecanismo da analogia constitucional.

Nessa linha de raciocínio, torna-se essencial que, para a invocação do precedente, a lei ou ato normativo constitucional seja o mesmo do caso concreto em exame, sob pena de, assim não o sendo, ferir o art. 97, da Constituição Federal. Ademais, recomenda-se utilizar novamente do

⁴⁰⁷ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Op. cit. p. 461.

incidente, se houver, outros fundamentos da questão, outrora não analisados, ou até a mudança da composição plenária ou do órgão especial do tribunal⁴⁰⁸.

Assim, para os outros casos, daquele ou de outros órgãos fracionários do tribunal, a questão pode ser objeto de um novo incidente de inconstitucionalidade ou até rejeitada pela câmara, grupo ou turma onde se encontra a novel argüição de incompatibilidade constitucional. O que não se pode admitir é a não formação do incidente e o julgamento direto pelo órgão fracionário quando a questão constitucional ainda não foi objeto de apreciação pretérita pelo pleno ou órgão especial, ou ainda nem sequer analisado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal. Desta forma sim, o art. 97 da Constituição Federal é violado.

Outro ponto merece registro. Quando o art. 481 menciona a declaração de inconstitucionalidade do pleno do Supremo Tribunal Federal, está a apontar para o controle difuso, e não concentrado, da constitucionalidade. Isto porque o pronunciamento da Suprema Corte brasileira, através da via de ação, é dotado, por si só, dos efeitos *erga omnes* e vinculante, nos termos do §2º, do art. 102, da Constituição Federal (redação através da Emenda Constitucional n° 45/2004)⁴⁰⁹.

Nesse prisma, ao se verificar uma decisão definitiva do pleno do Supremo Tribunal Federal em ação oriunda do controle concentrado de constitucionalidade, o controle difuso restará prejudicado, na medida em que os tribunais inferiores (pleno, órgãos especiais e fracionários) deverão seguir e concretizar a ordem do Excelso Pretório, sob pena de descumprimento do mandamento constitucional.

⁴⁰⁸ NERY JÚNIOR e NERY. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Civil Extravagante em Vigor*. Op. cit., p. 790. [nota 385].

⁴⁰⁹ Art. 102, §2º - “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Resumindo-se aos precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle difuso de constitucionalidade, STRECK⁴¹⁰ apresenta uma outra limitação à utilização do art. 481, do CPC, qual seja a de que tal decisão já tenha sido remetida pela Corte Suprema ao Senado Federal, a fim de concretização do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Para o autor, a exceção do art. 481 do CPC somente pode ser utilizada se, depois de julgada a questão constitucional pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, tal decisão for endereçada ao Senado Federal e essa casa, por letargia ou descaso, ainda não ter promulgado a resolução suspensiva da execução da lei⁴¹¹.

Não se vislumbra, entretanto, que essa seja a melhor alternativa. A faculdade que é conferida ao Senado Federal para suspender a validade de uma lei imputada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade é uma ferramenta interessante para que os efeitos de uma decisão entre as partes possam ser projetados, a partir da posição do Senado Federal (*ex nunc*), para toda a comunidade.

Do ponto de vista jurisdicional, a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade já funciona como um precedente, independentemente da posição posterior a ser tomada pelo Senado Federal – com independência suficiente para não acolher os fundamentos do Supremo Tribunal Federal e, assim, não suspender a eficácia da lei ou ato normativo reputado inconstitucional.

Assim, o emprego da exceção conferida pelo art. 481, do CPC, não depende da remessa, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua decisão para o Senado Federal, para cumprimento do art. 52, inciso X, da Constituição Brasileira de 1988.

⁴¹⁰ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Op. Cit., p. 476. [nota 77].

⁴¹¹ Loc. cit..

4.2.4 A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 e o incidente de argüição de inconstitucionalidade *lato sensu*

O controle de constitucionalidade brasileiro sofre uma série de mudanças procedimentais com a vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Além de definir alguns outros contornos, até então não existentes na ordem jurídica brasileira, para o modelo concentrado de constitucionalidade, como é o caso do *amicus curiae*, esse diploma legal introduz as novas técnicas no julgamento do controle abstrato, dentre elas, a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Suas origens remontam à experiência da Corte Constitucional Alemã no século XX, desenvolvida através de variações de decisões que se amoldam de forma mais adequada ao eterno conflito entre direito e política⁴¹². A primeira de suas variantes, a interpretação, conforme a Constituição, traduz-se por intermédio do princípio de hermenêutica segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula quando se pode alcançar uma interpretação em consonância com a Constituição⁴¹³.

Essa compatibilidade, na visão de HESSE⁴¹⁴, pode ser alcançada – e aí reside a contribuição de tal técnica de decisão – em textos normativos dúbios, ambíguos ou de conteúdo indeterminado. Fundado no princípio maior da unidade da ordem jurídica, a interpretação,

⁴¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Apelo ao legislador (Appellentscheidung) na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXXIII, Lisboa, 1993. p. 269.

⁴¹³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Op. cit., p. 71. [nota 134].

⁴¹⁴ Loc. cit.

conforme a Constituição, sustenta-se na tese de que a lei somente deve ser declarada nula se houver evidente e incontestada inconstitucionalidade⁴¹⁵ em todas as formas razoáveis de interpretação da norma.

Nessa linha de raciocínio, o intérprete constitucional deve desvendar, dentre as hipóteses viáveis de interpretação, aquela que mais se conforma ao texto constitucional. Em outras palavras, qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental⁴¹⁶. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade tem, conforme modelo germânico, o objetivo de tornar a lei questionada em estado “latência”, refutando a declaração de inconstitucionalidade, porém anunciando uma possível conversão dessa situação “(...) ainda constitucional (noch verfassungsgemäss) num estado de inconstitucionalidade⁴¹⁷”.

Essa técnica é importada para o Brasil e utilizada quando a cessação da eficácia da lei torna o caso mais injusto ou incongruente que a própria manutenção da situação de inconstitucionalidade. Mas isto se dá com uma singela diferença: nos termos da Lei n° 9.868/99, o juiz constitucional pode efetuar a declaração de inconstitucionalidade, porém sem concretizar a nulidade, e definir um termo futuro para o início da produção dos efeitos negativos (nulidade), a fim de que o legislador, até aquela data, possa vir a corrigir a inconstitucionalidade e evitar os prejuízos para os indivíduos prejudicados.

A doutrina constitucional⁴¹⁸ apresenta uma hipótese remansosa para a incidência de tal técnica: suponha-se que um específico grupo de indivíduos receba determinadas vantagens lícitas, mediante lei, em detrimento de outros também merecedores de tais benefícios, contrariando-se, desse modo, o princípio da igualdade de tratamento. A simples declaração de

⁴¹⁵ Ibid., p. 72.

⁴¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 221.

⁴¹⁷ Ibid., p. 204.

⁴¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p 236.

inconstitucionalidade daquele ato normativo não só prejudicaria aqueles que até então foram agraciados com tais benesses, como os outros grupos que nem sequer gozavam daqueles benefícios, posto que permanecerão sem nada receber.

Por fim, tem-se a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, segundo a qual não se elimina ou o reduz o texto. Todavia, declara-se a inconstitucionalidade de determinadas interpretações normativas. O texto permanecerá, assim, íntegro, contudo sujeito a uma aplicação restrita, nas formas e medidas explicitadas pela Corte Constitucional quando do julgamento⁴¹⁹.

Como afirma MENDES⁴²⁰, na experiência do Tribunal Constitucional alemão, adota-se a declaração de nulidade sem redução de texto, sempre se utilizando da expressão *soweit* (desde que). Isto porque o órgão jurisdicional de aferição da constitucionalidade, ao fazer uso dessa técnica, informará, dentre as hipóteses interpretativas da norma questionada, qual (is) que não poderá (ão) ser empregada(s).

Tanto na hipótese da “interpretação conforme a Constituição” como na da “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto” há uma mitigação do âmbito de aplicação da norma questionada⁴²¹. Porém, tornam-se instrumentos eficazes na diminuição dos riscos que a declaração completa da declaração de inconstitucionalidade pode produzir.

O certo é que tais ferramentas deverão não só ser utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal na órbita da aferição concentrada da constitucionalidade, mas também pelos juízes singulares e tribunais ordinários, no exercício do controle difuso de constitucionalidade⁴²². Isso dinamiza a atividade de aferição difusa da constitucionalidade das leis ou atos normativos,

⁴¹⁹ PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 190. [nota 44].

⁴²⁰ Ibid., p. 197.

⁴²¹ Ibid., p. 199.

⁴²² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Jurisdição Constitucional estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 12, n. 14, out.-dez. 2004, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 77.

porquanto diminui os traumas de uma declaração de inconstitucionalidade, adequando a intervenção judicial extrema às peculiaridades dos casos concretos que lhe são endereçados a resolver.

Ainda sobre as inovações da Lei n° 9.868/99, cita-se o seu art. 27 que prevê, mediante a aprovação da maioria qualificada (dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal), a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade, seja para que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, seja a partir de outro momento que venha a ser fixado pela Corte.

Sobre o tema convêm apresentar dois pontos: essa modulação somente é permitida no âmbito do Supremo Tribunal Federal; ademais, ainda existe uma forte resistência do STF em restringir a aplicação desse novo método de julgamento às ações de natureza de controle concentrado, como é o caso do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 440.881-7/RJ, Relator Ministro Eros GRAU, Primeira Turma, Julgado em 14/06/2005, DJ de 05/08/2005. Contudo, a própria Primeira Turma do STF, tendo como relator o próprio Eros GRAU, admitiu, em tese, o cabimento da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no julgamento incidental, desde que respeitados o quorum qualificado exigido pelo art. 27, do diploma normativo supracitado (Vide Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 533.800-1/RJ, Primeira Turma, Julgado em 16/08/2005, DJ de 09/09/2005).

Em que pese o espírito de vacilação na orientação do STF, não se verifica qualquer obstáculo para a utilização do instrumento da modulação dos efeitos temporais nas declarações incidentais de inconstitucionalidade, desde que essa seja realizada pela Corte Suprema e, ao mesmo tempo, respeitadas as exigências procedimentais da Lei n° 9.868/99.

Essa norma também insere, além de trazer as técnicas supracitadas para o cotidiano da jurisdição constitucional, três novos parágrafos ao art. 482, do Código de Processo Civil brasileiro, diploma afeito ao incidente de argüição de inconstitucionalidade.

O §1º do art. 482, do CPC, cria uma forma diferenciada de intervenção de terceiros no incidente, no âmbito dos tribunais, de argüição de inconstitucionalidade *lato sensu*. Através desse permissivo legal, não só o Ministério Público, bem como as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela criação e edição do ato questionado poderão, se manifestar, se assim desejarem, nos autos do incidente de inconstitucionalidade. A forma da intervenção – que para o Ministério Público é obrigatória – deverá, nos termos legais, ser definida nos respectivos regimentos internos dos tribunais donde emanarão tais incidentes.

O §2º do art. 482, do CPC, concede a prerrogativa para que os legitimados pelo rol do art. 103, da Constituição Federal, também possam se manifestar sobre a questão constitucional, por escrito, no feito do incidente, a tempo e modo definidos pelo regimento interno, garantindo-lhes o direito de apresentarem memoriais e juntar documentos.

Finalmente, o §3º do art. 482, do CPC, cria a hipótese do relator, ante a relevância e a representatividade dos postulantes, admitir, mediante despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos e entidades, funcionando como verdadeiros *amicus curiae*⁴²³.

Em suma, eis o panorama do incidente de argüição (*de lege lata*) de inconstitucionalidade.

Analisar-se-á no próximo item, todavia, uma proposta de instituição de um novo mecanismo de aferição processual da constitucionalidade, qual seja, o incidente de inconstitucionalidade nos moldes da experiência européia.

⁴²³ Lamenta-se, porém, o fato de a decisão do relator ser irrecorrível, porquanto se estará sujeito à invocação do espírito democrático e plural de apenas um juiz constitucional.

4.3 O incidente de argüição de inconstitucionalidade meta-processual (*de lege ferenda*): o incidente *stricto sensu*

No desenvolvimento desse trabalho pode-se perceber da preocupação de colacionar ao leitor toda a construção histórica e doutrinária do controle difuso de constitucionalidade, tipicamente norte-americano, e, como conseqüência, sua adaptação ao direito brasileiro.

Verifica-se que o sistema difuso brasileiro de controle de constitucionalidade sofre de um problema crônico que se revela na possibilidade de uma multiplicidade de decisões, muitas delas contraditórias, emanadas pelos diversos juízes e tribunais distribuídos em nosso território nacional. O conjunto de decisões contrapostas sobre um mesmo assunto, sobre uma mesma questão constitucional, proporciona, além de um evidente desconforto, uma difícil intranqüilidade sistêmica, traduzida em uma insegurança do jurisdicionado, em uma confusa e nebulosa dúvida sobre a aplicabilidade de certas leis e atos normativos.

Isto não quer dizer que o método americano é melhor ou pior do que o europeu, tampouco que o sistema brasileiro tenha que desconsiderar todos os contornos difusos. Como se defendeu outrora, argumentos mais do que plausíveis existem para a manutenção dos dois métodos, em um só ordenamento jurídico, de aferição da inconstitucionalidade.

É preciso consolidar, como observa SEGADO⁴²⁴, sob a égide de uma concepção pós-moderna, a absoluta superação de uma suposta contradição bipolar entre o método difuso e o concentrado. Assim, o necessário é que existam mecanismos de uma melhor adequação e harmonia entre tais formatos de controle. Neste sentido, o atual modelo de aferição da

⁴²⁴ SEGADO, Francisco Fernandez. La Jurisdicción Constitucional ante el siglo XXI – la quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad. Op. cit.. p. 63. [nota 364].

constitucionalidade no Brasil – o sistema misto – não possui uma ferramenta eminentemente jurisdicional que compatibilize, de forma coerente, o método difuso e o concentrado.

Especificamente, há uma imbricação de um sobre o outro. Porém, não existe um instrumento processual capaz de oferecer, por exemplo, a migração do difuso para o concentrado sem que para isso seja necessária a intervenção de outro poder estatal, como ocorre com a suspensão da eficácia pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através do método difuso.

Pode-se defender aqui, o que foi exposto alhures, a eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, independentemente da intervenção do Senado Federal. Crê-se que a própria modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, adotando uma nova interpretação do art. 52, inciso X, da CF, bastaria para a realização desse efeito transcendente e cogente. Mas não soluciona outro problema crucial que é a morosidade, ou sob outro prisma, a dificuldade no acesso individual à decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Eis assim a pertinência de se estudar uma nova ferramenta processual que traga a alternativa de, através de um caso concreto, a questão constitucional – então discutível “dentro dos autos” – ser transformada em uma discussão “além dos autos”, deslocando o debate da matéria constitucional para a Corte Constitucional.

Se de um lado o incidente *endo-processual* realiza uma cisão funcional de competência dentro de um mesmo tribunal⁴²⁵, o incidente, aqui denominado de meta-processual (*de lege ferenda*), é deslocado para o âmbito de atuação da Corte Constitucional (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal). Esta passará, em termos de proposta legislativa, não só a analisar a questão

⁴²⁵ Lembre-se que a questão constitucional nos tribunais só poderá ser analisada pelo órgão pleno ou especial, nos termos do art. 97, da Constituição brasileira de 1988.

constitucional para produzir efeitos sobre o caso concreto em si, mas também para todos os demais casos e situações idênticos àquele.

Haverá, nesse sentido, um novo ponto de convergência entre o método difuso e concentrado, oportunidade na qual uma decisão que somente seria aplicável às partes do processo individualizado se refletirá para todos os outros casos idênticos e similares àquele.

Obviamente, por se tratar de uma inovação legislativa que se propõe, compete registrar que essa sugestão não é fruto de uma idéia ou tese inédita, porém é traduzida na tentativa de integração de um instrumento já conhecido em outros países para a realidade brasileira.

Compreender, em poucas linhas, a realidade de mecanismos paradigmas ao que ora se indica em criar no ordenamento jurídico brasileiro é o desafio dos próximos itens desse trabalho.

4.3.1 O direito estrangeiro

A experiência européia já traz alguns elementos capazes de constituir, sem sobressaltos, alguns modelos dessa sugestão procedimental.

Geralmente, a questão constitucional é provocada a partir de um cenário concreto, oportunidade na qual o julgamento da demanda é suspenso e a matéria prejudicial, mediante um incidente, é remetida para a apreciação do Tribunal Constitucional, típico modelo concentrado de contorno europeu.

Vê-se que há um corte transversal. O que era um feito intersubjetivo torna-se, com a formação do instrumento *de lege ferenda*, uma apreciação de incompatibilidade constitucional com elementos, reflexos e efeitos abstratos.

Dentre os países que adotam o incidente de inconstitucionalidade meta-processual, como Áustria, Alemanha, Itália e Espanha, a questão constitucional deve ser provocada pelos juízes e tribunais ordinários mediante um juízo prévio de inconstitucionalidade ou de dúvida. Porém, é-lhes vedado o poder de enfrentá-la no mérito e, assim, julgá-la⁴²⁶.

Só quem exerce a mencionada prerrogativa é, portanto, o Tribunal Constitucional. Dá-se, assim, o chamado procedimento de devolução, oportunidade na qual o Tribunal Constitucional tem o dever de resolver a questão constitucional que lhe foi endereçada, fundamental para o prosseguimento da lide originária.

A invocação desse incidente (ainda não existente no Brasil) difere de acordo com cada ordenamento jurídico nacional ao qual está inserido, a depender do grau de abertura e de fechamento do acesso à Corte Constitucional, o que se apresenta nos tópicos vindouros.

O importante é, para fins de compreensão, assimilar que os países que o adotam não possuem a prerrogativa do controle difuso de constitucionalidade, o que estaria afeita, tão somente, às Cortes Constitucionais. Mas há uma exceção, como é o caso de Portugal, cujo controle de constitucionalidade alberga os dois métodos (difuso e concentrado).

Se existem experiências no direito alienígena de acomodação do incidente de argüição de inconstitucionalidade (*per saltum*), cujo nascedouro é no método concentrado, aos contornos democráticos do organograma difuso de aferição, conclui-se que, do ponto de vista prático e científico, uma prognóse dessa natureza também poderia ser amoldada ao Brasil.

⁴²⁶ TELLES, Miguel Galvão. A competência da competência do Tribunal Constitucional. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p 113.

Como salienta AMARAL⁴²⁷, através da remessa da questão constitucional (incidente *de lege ferenda*), mediante o sistema da devolução (ou da suspensão de instância), o juiz ordinário, através de sua decisão, desloca tal matéria para um âmbito de discussão alheio (comentário do autor: pelo menos em tese) à lógica irracional que permeia o conflito de interesses das partes.

Mais precisamente, está-se remetendo ao Tribunal Constitucional o exame – sob a técnica processual constitucional – de uma matéria prejudicial peremptória⁴²⁸, porquanto resolvida definitivamente antes de qualquer outra questão material do caso concreto posto em juízo ordinário.

Crê-se que, na medida em que a diferença é esposada através da suspensão de instância da questão constitucional, eleva-se a probabilidade de se atingir níveis mais sólidos de compatibilidade entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional, sem ferimento ao primado da amistosa convivência entre os dois métodos (difuso e concentrado). Isto se deve em razão de o referido incidente (*de lege ferenda*) não incidir sobre decisões já tomadas, mas constituir e elaborar premissas de sentenças que ainda estão por vir.

4.3.1.1 A Espanha

No modelo espanhol não há o método difuso, porquanto os juízes ou tribunais ordinários estão proibidos de serem fiscais da constitucionalidade das leis, limitando-se apenas a aplicá-las⁴²⁹. Contudo, nessa nação, permite-se, através de seu Texto Constitucional⁴³⁰ e da Lei Orgânica

⁴²⁷ AMARAL, Maria Lúcia. Justiça Constitucional, Protecção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou Que modelo de Justiça Constitucional melhor protege os direitos fundamentais. *Anuário Português de Direito Constitucional*. v. II, ano 2002, Coimbra: Coimbra Editora. p. 20.

⁴²⁸ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Op. Cit., p 261. [nota 378].

⁴²⁹ ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. 5. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1998. p. 691.

do Tribunal Constitucional⁴³¹, que qualquer pessoa apresente, mediante seu caso concreto posto em juízo, uma questão de inconstitucionalidade (*cuestión de inconstitucionalidad*). Se o órgão judicial, ao qual o litígio está sendo posto à apreciação, considerar a matéria relevante, determinará sua remessa (elevação) para o Tribunal Constitucional.

Há, no contínuo processo de depuração do ordenamento, uma atividade combinada entre os órgãos ordinários – que realizam a filtragem das matérias constitucionais – e a Corte Constitucional – que efetivamente concretiza a aferição da constitucionalidade das leis. Portanto, para que a *cuestión de inconstitucionalidad* seja operacionalizada, exige-se um “processo ordinário” com tramitação nas instâncias judiciais comuns. O foco desse instrumento de controle é a órbita concreta, muito embora o seu processamento apresente contornos da fiscalização abstrata, como se vê a seguir.

Na Espanha, a questão de inconstitucionalidade pode ser suscitada de ofício ou mediante a provocação das partes, sem que isso corresponda em, necessariamente, estar-se diante de uma prerrogativa dos litigantes em ter, de forma obrigatória, acesso à Corte Constitucional por intermédio desse incidente.

Como afirma ROYO⁴³², a questão de inconstitucionalidade não simboliza um instrumento à disposição das partes, mas um mecanismo a ser usado e gozado pelo poder jurisdicional, a fim

⁴³⁰ Art. 163 da Constituição de 27 de dezembro de 1978, *in verbis*: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que un norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”. Trad.: “quando um órgão judicial considerar, em algum processo, que uma norma categoria de lei, aplicável ao caso, de cuja validade se discuta, possa ser contrária à Constituição, formulará a questão perante o Tribunal Constitucional nas hipóteses, na forma e com os efeitos que a lei estabelecer, em nenhum caso com efeito suspensivo”.

⁴³¹ Art. 35, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol (Lei nº 2, de 03 de outubro de 1979), a saber: “Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”. Trad.: “Quando o juiz ou Tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, considerar que uma norma de categoria de lei, aplicável ao caso e de cuja validade se discuta, possa ser contrária à Constituição, formulará questão ao Tribunal Constitucional, nos termos dispostos nesta Lei”.

⁴³² Ibid. p. 693.

de alcançar, através da contribuição do Tribunal Constitucional, as premissas básicas para a interpretação do caso concreto, só atingidas com o enfrentamento da matéria prejudicial que lhe foi posta. TREMPs⁴³³ também observa que este instrumento funciona como forma de unificação da interpretação da norma fundamental, através de uma fiscalização objetiva das leis prévias e sucessivas ao Texto Constitucional vigente.

No modelo espanhol, depois de formalizada a questão, os autos são remetidos ao Tribunal Constitucional, a fim de que o próprio analise a relevância e a pertinência da matéria. Se assim entender, admitirá o incidente, adotando seu processamento nos mesmos moldes do recurso de amparo, outro mecanismo espanhol de defesa da Constituição⁴³⁴.

O primeiro – a questão de inconstitucionalidade – pressupõe para sua provocação de um ato volitivo judicial (os juízes e tribunais ordinários) que verifica, através da análise do caso concreto, a prévia plausibilidade do argumento pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo atacado. Em outras palavras, isto significa na prática que o juiz ordinário entende que a lei apontada é inconstitucional⁴³⁵ ou, pelo menos, tem sérias dúvidas sobre a sua constitucionalidade.

O segundo – o recurso de amparo – nasce a partir de uma provocação de qualquer cidadão, na defesa de seus próprios direitos, diretamente ao Tribunal Constitucional, sem a intervenção de qualquer juízo ordinário.

A questão de inconstitucionalidade espanhola pode ser suscitada em qualquer fase do processo, desde que até momento anterior à sentença de mérito. Entretanto, ela também pode ser invocada em âmbito recursal, tendo como marco final o transito em julgado.

⁴³³ TREMPs, Pablo Perez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p 249.

⁴³⁴ ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. Op. cit. p. 695. [nota 429].

⁴³⁵ LLORENTE, Francisco Rubio. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. In: LLORENTE, Francisco Rubio, e CAMPO, Javier Jiménez (Orgs). *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. pp. 165

Os autos da questão de inconstitucionalidade (denominado na Espanha de *auto de planteamiento*) obedecem alguns requisitos formais, quais sejam: (1) a indicação da lei ou ato normativo inquinado como incompatível, (2) a especificação do preceito supostamente infringido e (3) as justificativas para a análise da questão como pressuposto para o enfrentamento do mérito do caso concreto (requisito da exteriorização, nos termos do artigo 35.2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol⁴³⁶).

Ainda sobre o requisito da exteriorização, exige-se que a argumentação dos indícios de inconstitucionalidade seja consistente, muito embora a orientação mais moderna do TCE caminha para uma atuação mais flexível dessa “condição de ação”, permitindo-lhe, inclusive, aceitar questões com fundamentação sucinta ou remissiva (*per relationem*) às outras já existentes⁴³⁷.

No modelo espanhol, diferentemente dos demais países, como é o caso da Itália, a formação do incidente da questão constitucional pressupõe, ainda no âmbito no juízo ordinário, a oitivas das partes no processo, bem como o Ministério Fiscal (o Ministério Público espanhol). Em outras palavras, as partes e o Ministério Fiscal deverão ser ouvidos antes do juiz ordinário se posicionar sobre a formação ou não do incidente. Uma vez decidida pela sua consolidação, os argumentos daqueles ouvidos deverão se incorporar aos documentos que serão remetidos ao Tribunal Constitucional Espanhol⁴³⁸.

Após a decisão do juiz ordinário, os autos do incidente são endereçados ao TCE e o processo originário, como consequência, será suspenso, até a resolução da questão.

No âmbito do Tribunal Constitucional Espanhol, a questão (incidente) passará, inicialmente, por uma fase de qualificação, oportunidade na qual os requisitos formais, acima apresentados, serão reapreciados (revisão). Ocorre que o TCE detém a faculdade de não admitir,

⁴³⁶ SOSA, Edgar Corzo. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Op. cit. p 435. [nota 351].

⁴³⁷ Ibid. p. 436.

⁴³⁸ Ibid.. p. 447.

além dos limites formais, o processamento desse incidente. É o que a jurisprudência espanhola convém em chamar de “*cuestión notoriamente infundada*”⁴³⁹.”

Não se trata apenas de exercer um juízo de relevância sobre o incidente, mas também de uma apreciação da própria consistência material da questão. Em uma primeira hipótese, é possível apontar os casos dentre os quais o Tribunal Constitucional da Espanha verifica que a norma questionada é inaplicável ao caso concreto e, assim, desnecessário o enfrentamento de sua compatibilidade constitucional. Em outra alternativa, a declaração de ausência de fundamentação da questão surge quando o Tribunal Constitucional Espanhol analisa que carecem de veracidade os argumentos jurídicos utilizados para comprovar o supostonexo de dependência entre o juízo de valor sobre o caso concreto em âmbito ordinário e a validade do preceito legal questionado⁴⁴⁰. Crê-se que, porém, essa ampliação da pré-análise feita pelo TCE não passa de uma roupagem mais aprofundada do requisito da exteriorização, outrora explicitado.

Expôs-se, em algumas linhas acima, a tendência atual do TCE em realizar uma interpretação mais flexível dos requisitos processuais da *cuestión de inconstitucionalidad*. É o que se pode verificar em alguns julgados do TCE, como no caso da STC 155/87⁴⁴¹ e da STC 210/90⁴⁴².

⁴³⁹ DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño et al. *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997. p. 64.

⁴⁴⁰ Ibid., p.65.

⁴⁴¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 155/1987. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, de la Vega, Díaz y Leguina. 14 de outubro de 1987. Publicação BOE: 19871112 [«BOE» núm. 271].Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0155. Acesso em: 03 de março de 2006.

⁴⁴² ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 210/1990. Ponente: don Francisco Tomás y Valiente. . Sala Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Rubio, García-Mon, de la Vega, Rodríguez- Piñero, Leguina, López, de los Mozos, Rodríguez, Gimeno y Galbandón.. 20 de dezembro de 1990. Publicação BOE: 19910110 [«BOE» núm9].Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1990-0210. Acesso em: 03 de março de 2006.

Na hipótese de admissão, a primeira providência é a sua publicação no Boletim Oficial do Estado (BOE), conforme orientação do próprio Tribunal Constitucional Espanhol, o que de fato ocorreu a partir da Sentença n° 25/1984⁴⁴³.

Uma situação interessante refere-se à admissibilidade ou não, por parte do TCE, de uma nova *custión de inconstitucionalidad*, quando se está diante de uma identidade de objeto (aplicação ou não do fenômeno da litispendência).

A orientação do TCE caminha, nos termos do art. 83 do LOTCE⁴⁴⁴, no sentido de não recepcionar a idéia de litispendência, mas sim de conexão (“conexidad de objeto”), o que remete a possibilidade da reunião (“acumulación”) de duas ou mais *custiones de inconstitucionalidad* com idêntico objeto. Contudo, essa reunião não é efetuada quando uma das *custiones* encontra-se em fase avançada de processamento (nas vésperas de uma solução); quando isso ocorre, a posição do TCE cinge-se em suspender o curso dos efeitos do segundo ou demais processos, até o julgamento do primeiro⁴⁴⁵.

E quando já houve uma decisão definitiva em uma *custión de inconstitucionalidad*? O Tribunal Constitucional Espanhol tem admitido uma nova provocação após o enfrentamento de uma *custión de inconstitucionalidad* pretérita, com identidade de objeto?

⁴⁴³ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia n° 25/1984. Ponente: don Antonio Truyol Serra. Sala Pleno: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera. 23 de fevereiro de 1984. Publicação BOE: 19840309 [«BOE» núm. 59] Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0025. Acesso em: 03 de março de 2006.

⁴⁴⁴ “Artículo ochenta y tres - El Tribunal podrá, a instancia de parte o de oficio, en cualquier momento, y previa audiencia de los comparecidos en el proceso constitucional, disponer la acumulación de aquellos procesos con objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión. La audiencia se hará por plazo que no exceda de diez días”. Trad: O Tribunal poderá, por provocação da parte ou de ofício, em qualquer momento, e depois de ouvir os partícipes no processo constitucional, proceder a acumulação daqueles processos com objetos conexos que justifiquem a unidade de tramitação e decisão. A oitiva dar-se-á por prazo que não exceda dez dias. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/TRIBUNAL.htm>. Acesso em: 03 de março de 2006.

⁴⁴⁵ SOSA, Edgar Corzo. *Op.Cit.* p 487. [nota 351].

Embora a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol fora vacilante durante muitos anos, a orientação atual queda-se no viés de não permitir o processamento de uma nova *custión de inconstitucionalidad* quando o próprio TCE, em julgamento pretérito, enfrentou uma questão com idêntico objeto. Isto porque uma das características basilares do julgamento dessa modalidade de acesso ao controle de constitucionalidade é o efeito da coisa julgada material e da eficácia contra todos (*erga omnes*). Eis, como exemplo, a Sentença n° 387 do TCE, de 23 de dezembro de 1993⁴⁴⁶.

Volvendo-se novamente ao juízo de admissibilidade do mencionado incidente, essa decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (admissão ou inadmissão) é impugnável por meio do recurso de súplica, nos termos do art. 93.2 da LOTCE⁴⁴⁷.

No que concerne ao mérito do incidente espanhol, a sentença resolutive do TCE é dotada dos elementos da generalidade e abstração frente ao caso concreto do qual partiu a formação da *custión de inconstitucionalidad*. O que isto quer dizer? Um dado peculiar desse incidente é que o TCE, no seu exame, não poderá se enveredar por qualquer questão subjetiva atinente ao caso concreto, matéria afeita ao juízo ordinário. Por isso que se diz outrora que a participação do Tribunal Constitucional Espanhol, na apreciação do incidente, assemelha-se à fiscalização

⁴⁴⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia n° 387/1993. Ponente: don Fernando García-Mon y González-Regueral. Sala Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. 23 de dezembro de 1993. Publicação BOE 19940127 [«BOE» núm. 23] Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0387. Acesso em: 03 de março de 2006.

⁴⁴⁷ “Artículo noventa y tres. Uno. Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas. Dos. Contra las providencias y los autos que dicte el Tribunal Constitucional sólo procederá, en su caso, el recurso de súplica, que no tendrá efecto suspensivo. El recurso podrá interponerse en el plazo de tres días y se resolverá, previa audiencia común de las partes por igual tiempo, en los dos siguientes”. Trad: Art. 93. Um. Contra as sentenças do Tribunal Constitucional não cabe qualquer recurso, mas no prazo de dois dias, a contar de sua notificação, as partes poderão solicitar a esclarecimento das mesmas. Dois. Contra as providências e os autos que decida o Tribunal Constitucional somente será cabível, nesse caso, o recurso de súplica, que não terá efeito suspensivo. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/TRIBUNAL.htm>. Acesso em 03 de março de 2006.

concentrada, porquanto seus limites de atuação concentram-se na pura confrontação da lei questionada e no preceito constitucional supostamente infringido⁴⁴⁸.

Outro dado a se observar é a amplitude do fenômeno da coisa julgada sobre as decisões de mérito dos incidentes espanhóis. O primeiro marco normativo que fundamenta a visão de que a coisa julgada se faz presente nas decisões das questões de inconstitucionalidade na Espanha é o próprio Texto Constitucional espanhol, precisamente em seu art. 164⁴⁴⁹. O segundo, encontra-se na leitura do art. 38.1 da LOTCE⁴⁵⁰. E, por fim, leia-se o art. 93.1 da LOTCE⁴⁵¹, no que se refere à coisa julgada formal.

Não se adentrará aqui, dada à extensão e ao caráter reflexo do assunto, sobre a discussão da possibilidade ou não da reiteração, tal como enfrenta JÍMENEZ CAMPO⁴⁵², da *custión de inconstitucionalidad*, como forma de reversibilidade dos pronunciamentos constitucionais do TCE. Observa-se, contudo, a título de registro, que já existe posição do TCE sobre o tema,

⁴⁴⁸ DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño et al. Op. cit., p. 51.

⁴⁴⁹ “Artículo 164. 1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Trad.: “Artigo 164. As sentenças do Tribunal Constitucional serão publicadas no Boletim Oficial do Estado com os votos particulares, se existirem. Terão valor de coisa julgada a partir do dia seguinte a sua publicação e não caberá recuso algum contra elas. As que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à definição subjetiva de um direito, detêm plenos efeitos contra todos”. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion.htm>. Acesso em 03 de março de 2006.

⁴⁵⁰ “Artículo treinta y ocho: Uno. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado". Trad.: “Artigo 38 – Um. As sentenças prolatadas em procedimentos de inconstitucionalidade terão o valor de coisa julgada, vincularão a todos os poderes públicos e produzirão efeitos gerais desde a data de sua publicação no Boletim Oficial do Estado”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/TRIBUNAL.htm>. Acesso em 03 de março de 2006

⁴⁵¹ Vide nota de rodapé n. 441.

⁴⁵² JÍMENEZ CAMPO, Javier. Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español. *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*. Madrid: TC-CEC, 1995. p. 22.

conforme ATC 93/1991⁴⁵³, oportunidade na qual foi previamente negada uma *custión de inconstitucionalidad* com objeto e decisão idênticos a um julgamento pretérito do próprio TCE.

Além da coisa julgada, dá-se também o efeito vinculante sobre as decisões do TCE no âmbito desse incidente. A vinculação efetivar-se-á, nos termos do art. 38.3 da LOTCE⁴⁵⁴, para todos os órgãos públicos, aqui contidos os órgãos judiciais, dentre os quais o órgão jurisdicional competente para a decisão do caso concreto do qual originou a *custión de inconstitucionalidad*.

Reitera-se, por fim, que a decisão de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional é comunicada imediatamente ao órgão judicial competente para a decisão do caso concreto, cujo incidente (questão prejudicial) foi elevado ao TC. Recebida a comunicação, o órgão judicial é obrigado a intimar as partes da decisão do TC e, a partir de então, estarão todos vinculados⁴⁵⁵.

4.3.1.2 A Itália

⁴⁵³ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Auto nº 93/1991. Sala Pleno: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon, de la Vega, Rodríguez-Piñero, Leguina, López, de los Mozos, Rodríguez, Gimeno y Gabaldón. 12 de março de 1991. Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=AUTO-1991-0093. Acesso em: 03 de março de 2006.

⁴⁵⁴ Vide nota de rodapé n. 444.

⁴⁵⁵ Art. 38, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, *in verbis*: “Uno. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’. Dos. Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional. Tres. Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas”. Trad.: “Um – As sentenças prolatadas em procedimentos de inconstitucionalidade terão o valor de coisa julgada, vincularão a todos os poderes públicos e produzirão efeitos gerais desde a sua publicação no Boletim Oficial do Estado. Dois – As sentenças denegatórias prolatadas em recursos de inconstitucionalidade e em conflitos na defesa da autonomia local impedirão qualquer formulação ulterior da questão, por qualquer das duas vias, desde que fundado na infração de idéntico precepto constitucional; Três – Na hipótese de se tratar de sentenças prolatadas em questões de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional comunicará imediatamente o órgão judicial competente para a decisão do processo. Este órgão notificará as partes da decisão. O juiz ou Tribunal quedar-se-ão vinculados desde o instante no qual tiverem conhecimento da sentença constitucional e as partes desde o momento em que forem notificadas.”

Noutra banda, há o sistema italiano. O art. 134⁴⁵⁶ da Constituição da Itália atribui à Corte Constitucional a competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

O incidente de inconstitucionalidade italiano também surge no seio de um caso concreto a partir de uma “*eccezione d’incostituzionalità*”⁴⁵⁷ (exceção de inconstitucionalidade). Na concepção italiana, o método incidental é exercitável por qualquer das partes: membro do ministério público ou o juiz ordinário. Como pondera GROPPI⁴⁵⁸, trata-se de um sistema de controle incidental repressivo, vinculado a um procedimento judicial concreto cuja questão constitucional é concebida como premissa para a solução do conflito de interesses. Porém, a decisão sobre a questão constitucional só pode ser concretizada pela Corte Constitucional, não cabendo, portanto, ao juiz que preside o processo⁴⁵⁹.

Em linhas gerais, o incidente se inicia do ponto de vista instrumental, a partir de uma decisão do juiz ordinário que dispõe sobre a transmissão dos autos do processo principal à Corte Constitucional italiana para fins de apreciação da questão constitucional posta como prejudicial (obstáculo) para a apreciação do caso concreto. Em suma, da mesma maneira que o sistema espanhol, somente a Corte Constitucional italiana detém o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, portando-se os juízes e os tribunais ordinários como meros aplicadores.

⁴⁵⁶ Diz o art. 134, da Constituição Italiana: “La Corte costituzionale giudica: (1) sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; (2) sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; (3) sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione”. Trad.: “A Corte Constitucional julgará: (1) sobre controvérsia relativa a legitimidade constitucional da lei e do ato, com força de lei, do Estado e da Região; (2) sobre conflito de competência entre os poderes do Estado e aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões; (3) sobre acusação promovida contra o Presidente da República, a norma da Constituição.”

⁴⁵⁷ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Diritto Costituzionale*. 15. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1989. p. 665.

⁴⁵⁸ GROPPI, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. *Sub Judice - Justiça e Sociedade*. jan.-jun. 2001. n. 20/21. Coimbra. p. 72.

⁴⁵⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa). *Revista de Direito Administrativo*, v. 222, out.-dez. 2000. Rio de Janeiro: Renovar. p. 154.

No instante em que o juiz ou tribunal se posicionar – como assevera NOBRE JÚNIOR⁴⁶⁰ – pela existência de uma questão constitucional, far-se-á premente a constituição de um caderno processual autônomo e específico (autos de remissão). Através deste, a matéria é remetida para a Corte Constitucional. Enquanto não ocorrer o julgamento da questão prejudicial, o processo principal quedar-se-á suspenso⁴⁶¹.

Há alguns autores, como é o caso de ROMBOLI⁴⁶², que enfrentam a natureza jurídica do incidente de constitucionalidade, analisando-o como uma espécie de denúncia ou ação. Na primeira hipótese, pesam os argumentos de que prevalece a vontade geral, assim compreendida como mecanismo para se alcançar a eliminação das leis inconstitucionais. Na segunda forma, evidencia-se a idéia de que o processo constitucional só é um instrumento de tutela dos bens jurídicos das partes.

Indubitavelmente, seja qual for a sua essência, a utilização do incidente italiano está vinculada – como afirma NOBRE JÚNIOR⁴⁶³ – ao preenchimento de alguns requisitos, dentre eles, a relevância do tema focado, a pertinência e o fundamento da argüição. Especificamente, exige-se que (1) o juízo de valor sobre o caso concreto precise do enfrentamento da prejudicial⁴⁶⁴, (2) a questão constitucional não seja infundada⁴⁶⁵ e, como defende REDENTI⁴⁶⁶, (3) a lei ou ato normativo em discussão seja juridicamente existente.

⁴⁶⁰ Loc. cit.

⁴⁶¹ Sobre as alternativas de suspensão do processo, indica-se o estudo de BINDI, Elena. *La Reunione delle Cause nel Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003.

⁴⁶² ROMBOLI, Roberto. *Il Giudizio Costituzionale Incidentale come Processo Senza Parti*. Milano: Giuffrè, 1985. p. 78.

⁴⁶³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 154. [nota 459]. Exige-se, da mesma forma, que a questão constitucional tenha sido originada no curso de um processo e diante, necessariamente, uma autoridade jurisdicional.

⁴⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Op. cit., p 58. [nota 282]

⁴⁶⁵ PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991. p. 772.

⁴⁶⁶ REDENTI, Enrico. *Legittimità delle Leggi e Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 40.

Sobre o fundamento (motivação) do incidente, o Tribunal Constitucional italiano intensificou ainda mais o seu controle, não só exigindo a simples motivação, mas a adequada e exaustiva argumentação, a ponto de, diferentemente do Tribunal Constitucional Espanhol, não aceitar a fundamentação *per relationem*⁴⁶⁷.

A motivação para o modelo italiano é fundamental. Esta deve estar contida nos autos de remissão do incidente, para que, em respeito ao princípio da congruência, como pontua ZAGREBELSKY⁴⁶⁸, possa consolidar o “*thema decidendum*”, ou melhor, o que está para ser decidido.

Para o controle de constitucionalidade italiano, a relevância traduz-se na demonstração de que somente a partir da resolução da questão constitucional é que se pode, no todo ou em parte, dar uma solução para o caso concreto. Em outras palavras, a questão constitucional é uma condição para o juízo de valor final do litígio. Mais além: exige-se um caráter transcendente, difuso ou geral da questão.

Essa relevância pode ser considerada, na visão de alguns autores, uma válvula de escape ao princípio da congruência, a partir da construção de uma decisão fundada em uma inconstitucionalidade conseqüente. Ora, em algumas situações, a amplitude de uma norma declarada incompatível influencia, imediatamente, no juízo de valor sobre outras normas dependentes ou conseqüentes àquela. Na linha de raciocínio de NOVARESE⁴⁶⁹, a inconstitucionalidade conseqüente estará vinculada à idéia da relevância e dar-se-á, assim, como efeito direto em uma norma que contém como pressuposto lógico e necessário a outra norma declarada inconstitucional no incidente.

⁴⁶⁷ SOSA, Edgar Corzo. *Op.Cit.* p 429.

⁴⁶⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale* [s.l.i]. Il Mulino, 1977. p 208. Apud. SOSA, Edgar Corzo. *Ibid.*, . p 458.

⁴⁶⁹ NOVARESE, Francesco. *Illegittimità costituzionale derivata. Rivista Trimestale di diritto pubblico – ano XX.* 1970. p 1170.

Como observa ULLA⁴⁷⁰, há alguns autores italianos que suscitam algumas dúvidas sobre a constitucionalidade do art. 23, da Lei Italiana nº 87 de 1953, através da qual exige-se – ao disciplinar as atribuições da Corte Constitucional - a comprovação da relevância da questão incidental, bem como a necessidade de motivação dessa relevância nos autos desse incidente. Sobre o primeiro argumento, a Corte Constitucional posiciona-se no sentido de que é infundado, e sequer chega a apreciar o mérito de um incidente que aborde este questionamento. No que concerne ao segundo fundamento, a doutrina majoritária de pronto o refuta ao afirmar que o dever de motivação do requisito da relevância decorre da própria disposição constitucional (art. 111⁴⁷¹), que impõe como dever dos magistrados, indistintamente, a motivação de suas decisões.

Retornando-se aos requisitos do incidente italiano, ainda no que concerne à verificação do nexo de dependência da questão constitucional à solução do caso concreto, a Corte Constitucional italiana exige, desde o ano de 1980, a apresentação, por parte do juízo suscitante, da lei ventilada como inconstitucional e do dispositivo supostamente violado na Carta Política⁴⁷².

Sobre o último requisito para a admissibilidade, convém consignar as críticas que CAPPELLETTI⁴⁷³ tece sobre a controvertida definição de inexistência de lei ou ato normativo. Segundo ele, isto torna nebulosa e temerária a não remessa da questão à Corte Constitucional, fundando-se esta negativa nesse ponto específico, uma vez que o fenômeno da inconstitucionalidade está muito atrelado à idéia de inexistência ou nulidade da lei.

Ainda na fase de formação do incidente pelo juiz ordinário, não há, no modelo italiano, a prévia oitiva das partes e do Ministério Público, ou seja, não existe, na instrumentalização do

⁴⁷⁰ ULLA, Juan Manuel López. *La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales S/A, 2000. pp. 143-144.

⁴⁷¹ Art. 111 – (...) “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”. Trad.: Todo o provimento jurisdiccional deverá ser motivado. Disponível em: <http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.htm>. Acesso em 03 de março de 2006.

⁴⁷² TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 60. [nota 282].

⁴⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. *La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 1972. p. 102.

auto de remissão, a oportunidade específica daqueles, como ocorre na Espanha, de argumentarem contraria ou favoravelmente à declaração de inconstitucionalidade, salvo, é claro, se já o fizeram nos atos processuais tradicionais (inicial, contestação, parecer, etc.).

Por fim, o pronunciamento de inconstitucionalidade da Corte Constitucional italiana possui um efeito geral para todos (não se limitando ao juiz ordinário, de quem a questão foi soerguida) e definitivo. Assim, a Corte Constitucional não mais se pronunciará, com raríssimas exceções⁴⁷⁴, sobre a constitucionalidade da norma já impugnada e apreciada no incidente pretérito, limitando-se apenas a rejeitar a novel questão constitucional.

O sistema italiano possui uma ferramenta muito interessante para evitar a proliferação de incidentes de inconstitucionalidade sobre um tema (norma) idêntico àquele a ser discutido pela Corte Constitucional em um processo ainda pendente. Nessas hipóteses, há um dispositivo legal que autoriza a Corte Constitucional a informar, mediante a Imprensa Oficial (*Gazzetta Ufficiale*), sobre a existência de todos os incidentes que estão sendo submetidos ao exame da Corte. Isto, além de, em tese, evitar a multiplicação de incidentes sobre o mesmo assunto, possibilita que ocorra a suspensão do processo ordinário, até o pronunciamento da instância maior, sem que, para isso, seja operacionalizada e remetida qualquer questão constitucional para a Corte⁴⁷⁵.

4.3.1.3 Alemanha

O modelo de controle de constitucionalidade alemão também apresenta um instrumento muito similar aos incidentes de inconstitucionalidade *stricto sensu* existentes no Direito espanhol e italiano.

⁴⁷⁴ Sobre o tema, convém consultar DI RUFIA, Op. cit., pp. 676-678. [nota 453]

⁴⁷⁵ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 62. [nota 282]

No Direito alemão, não há, do mesmo modo, o controle difuso da constitucionalidade tal qual se conhece na experiência brasileira, porquanto esta fiscalização está concentrada nas mãos do Tribunal Constitucional. Todavia, como nos outros países em que os juízes ordinários estão impedidos de exercer esta prerrogativa, torna-se fundamental que o magistrado, ao se deparar com indícios de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, suspenda o processo e, ato contínuo, solicite do Tribunal Constitucional Estadual ou Tribunal Constitucional Federal (lei estadual ou federal, respectivamente) o exame da questão constitucional⁴⁷⁶. É o que determina o art. 100, da Lei Fundamental⁴⁷⁷.

Através desse incidente (denominado pelos alemães de *Richterklage*⁴⁷⁸), o Tribunal Constitucional pode declarar a lei inconstitucional. Se assim o fizer, em regra, a declara nula, com efeitos para todos, e vinculante, muito embora existam variantes das quais este trabalho já brevemente as menciona no item 4.2.4. Ato contínuo, publica esta decisão no Diário Oficial Federal (Budengesetzblatt/BGBL)⁴⁷⁹.

4.3.1.4 Portugal

⁴⁷⁶ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Op. cit. p. 496. [nota 134].

⁴⁷⁷ “Artigo 100 [Inconstitucionalidade de leis] da Lei Fundamental 1. Quando um tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei de cuja validade dependa a sua decisão, o processo será suspenso, e, quando se tratar de violação à Constituição de um Estado, será chamado a se pronunciar o Tribunal estadual competente para dirimir conflitos constitucionais, e, quando se tratar de violação a esta Lei Fundamental, será chamado a decidir o Tribunal Constitucional Federal. Essa norma será aplicada também quando lei estadual ferir esta Lei Fundamental ou quando uma lei estadual for incompatível com uma lei federal. 2. Quando, no curso de um conflito, questionar-se se uma regra de Direito Internacional público é parte integrante de lei federal e se ela produz diretamente direitos e obrigações para o indivíduo (artigo 25), o tribunal deverá colher o posicionamento do Tribunal Constitucional Federal. 3. Quando um Tribunal Constitucional Estadual, ao interpretar esta Lei Fundamental, pretender divergir de decisão do Tribunal Constitucional Federal ou de Tribunal Constitucional de outro Estado, ele deverá colher o posicionamento do Tribunal Constitucional Federal”.

⁴⁷⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1. jan.-jun. 2003. Belo Horizonte: Del Rey. p. 105.

⁴⁷⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Op. cit. p. 174. [nota 62].

Há, no sistema misto de controle de constitucionalidade português, um instrumento de migração do método difuso para o concentrado que se resume na criação de um processo autônomo de uma questão constitucional específica a partir de, no mínimo, três casos concretos em que há uma norma julgada inconstitucional. Na situação acima lançada, a mudança do difuso para o concentrado proporciona, com efeitos para todos, a partir de três casos concretos, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Percebe-se claramente que, no modelo português, o juiz ordinário ainda detém a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Contudo, o sistema português proporciona um instrumento de migração – do concentrado para o difuso – através da constatação de um requisito quantitativo de casos concretos posto em juízo (no mínimo três declarações de inconstitucionalidade).

O interessante é de observar que, no modelo português, esse procedimento somente pode ser realizado quando a questão for declarada inconstitucional – no mínimo por três vezes – pelo próprio Tribunal Constitucional Português, no exercício de sua competência de fiscalização concreta e não abstrata. Em outras palavras, a utilização desse expediente processual pressupõe a existência de, no mínimo, três decisões do TCP sobre casos concretos e com efeitos *inter partes*.

Vencido esse pressuposto, faculta-se a criação de um incidente a ser apreciado diretamente pelo Tribunal Constitucional, cuja decisão surte efeitos para todas as outras demandas que abordem a mesma questão constitucional. É o que CANOTILHO denomina de

processo de generalização⁴⁸⁰, porquanto o que outrora se limita aos feitos julgados ordinariamente, propaga-se, de forma geral, para toda a comunidade.

Quem o suscita são quaisquer dos membros do Tribunal Constitucional ou do Ministério Público⁴⁸¹. Contudo, esse processo de generalização feito pelo Tribunal Constitucional português não é imediato, visto que a questão constitucional é objeto da feitura de um processo autônomo, tal como uma ação direta do método concentrado.

Esse processo, intitulado como oficioso, tem como seu instrumental as cópias dos acórdãos donde constem as três decisões de inconstitucionalidade⁴⁸². Assim, ao suscitar o incidente, o legitimado tem a oportunidade de organizar autos específicos com as cópias das referidas pretéritas decisões. Em seguida, o processo é levado à conclusão do Presidente, a fim de que adote o rito e efeitos do processo de fiscalização abstrata sucessiva.

A decisão de inconstitucionalidade nos feitos dessa natureza tem, no idêntico modo do concentrado, força obrigatória geral, nos termos das normas que foram julgadas anteriormente inconstitucionais nos casos concretos⁴⁸³.

4.3.1.4 Outros países

⁴⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 958. [nota 1]

⁴⁸¹ Art. 82, da Lei do Tribunal Constitucional de Portugal (Lei n° 28, de 15 de novembro de 1982): “Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei”.

⁴⁸² FONSECA, Guilherme. Fiscalização concreta da Constitucionalidade e da Legalidade. *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro* – Tomo XXXIII. n° 191-192. Setembro-Dezembro de 1984. p 30

⁴⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 959. [nota 01]

Existem algumas outras experiências estrangeiras que merecem ser levemente apresentadas, a fim de compreensão mais acurada da possibilidade de utilização, em nosso ordenamento jurídico, do incidente de argüição de inconstitucionalidade, como instrumento de integração dos métodos difuso e concentrado.

Na Argentina, precisamente na Constituição da Província do Rio Negro, em seu art. 138, permite-se que o Tribunal Superior, após declarada incidentalmente por três vezes a inconstitucionalidade de uma norma legislativa, suspenda sua vigência, por meio de uma resolução suspensiva com efeito *erga omnes*⁴⁸⁴.

No México, em particular no que se refere ao seu recurso de amparo (instrumento tipicamente concreto e difuso), permite-se que, depois de cinco decisões de conteúdo idêntico, aprovadas por, pelo menos, oito ministros da Suprema Corte mexicana, os efeitos se tornem gerais (*erga omnes*)⁴⁸⁵.

Na Costa Rica há o instrumento da consulta judicial, configurando-se como a argüição de um questionamento, por parte de um juiz ordinário, sobre a constitucionalidade de uma norma ou ato normativo que deva ser aplicado num caso submetido à sua apreciação. As partes também poderão suscitar a consulta. Os efeitos dessa consulta são os mesmos de uma ação direta de inconstitucionalidade⁴⁸⁶.

4.3.2 A experiência brasileira da argüição de descumprimento de preceito fundamental

⁴⁸⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La declaración general de inconstitucionalidad en latinoamérica y el juicio de amparo mexicano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* – vol. 6. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p 107.

⁴⁸⁵ Ibid. p. 140.

⁴⁸⁶ In: Anais da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Lisboa: Sala do Senado da Assembléia da República. 10 a 14 de outubro de 1995. p 88.

No tópico anterior, esse estudo enfrentou, sob a ótica meramente narrativa, algumas experiências estrangeiras, como é o caso da Espanha, Itália, Alemanha e Portugal, ordenamentos nacionais que possuem um mecanismo de remissão da questão constitucional concreta (nascida em um litígio tradicional entre partes) para a fiscalização abstrata, exercida pelas Cortes Constitucionais.

Interessa saber, nesse instante, se a ordem jurídica brasileira, nesse particular, o arcabouço de aferição da compatibilidade das leis e atos normativos frente à Constituição detém um instrumento capaz de realizar a comunicação adequada entre o caminho concreto e a intervenção abstrata, sem que para isso seja necessária a participação de outra função do Estado.

Permite-se, assim, discutir sobre o §1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 (alteração advinda mediante Emenda Constitucional), disciplinado pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Eis a argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

Sabe-se que esta lei regulamentar é germinada por uma comissão de juristas, instituída pelo então Ministro da Justiça, em 04 de julho de 1997, constituída pelos professores Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Arnoldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes⁴⁸⁷.

Após sofrer uma série de críticas da comunidade jurídica, o Ministério da Justiça encaminha para o Supremo Tribunal Federal, mais precisamente em 04 de maio de 1998, o texto final do anteprojeto, a fim de que seus Ministros possam apreciá-lo⁴⁸⁸. Paralelamente, desde o início do ano de 1997, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei, tombado sob o nº 2.872, da lavra a Deputada Federal Sandra Starling, cujo objetivo também é regulamentar a argüição de descumprimento. Esse projeto de lei é objeto também de um conjunto de emendas e destaques,

⁴⁸⁷ TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*. Op. cit., p. 24. [nota 282]

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 30.

tornando-o, ao final, mais próximo do texto extraído daquela comissão de notáveis constituída pelo Ministério da Justiça⁴⁸⁹.

Basicamente, a ADPF possui duas grandes modalidades: a argüição autônoma (típico mecanismo de controle concentrado da constitucionalidade) e a argüição incidental (instrumento de invocação do Supremo Tribunal Federal a partir de um processo ordinário).

Convém esse trabalho analisar, com o intuito de racionalizar seu conteúdo, o aspecto incidental da argüição de descumprimento de preceito fundamental, assim previsto no parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 9.882, de 1999⁴⁹⁰, combinado, como salienta SARMENTO⁴⁹¹, com a leitura no art. 5º, §3º e do art. 6º, §1º, ambos daquela norma federal⁴⁹².

Através do método incidental da ADPF, o Supremo Tribunal Federal pode ser invocado para apreciar, em tese, o descumprimento de um preceito fundamental da Constituição por uma lei ou ato normativo, quando esta matéria for questionada em um processo ordinário ainda em curso.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 31.

⁴⁹⁰ “Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único - Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”;

⁴⁹¹ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 87.

⁴⁹² “Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. § 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Uma decisão proclamada, através de uma ADPF incidental, não vincula apenas os juízes, cujos processos lhe deram azo, mas todos os outros em que a mesma questão estiver pendente de julgamento, nos termos do art. 10, *caput e* §3º, da Lei nº 9.882/99⁴⁹³.

Sabe-se que a ADPF incidental exige, como requisito constitutivo prévio, a existência de uma ação judicial em curso, da qual se extraia uma matéria constitucional – violação de preceito fundamental. Sua viabilidade está atrelada, portanto, a uma demanda ordinária ainda não transitada em julgado.

Como se observa, esse mecanismo foi uma tentativa, crê-se sem sucesso, de realizar uma conjugação entre os modelos difuso e concentrado, tal como ocorre em outros países europeus, conforme acima exposto. Porém, sua importação para o controle de constitucionalidade nacional comporta sérias críticas. A primeira delas reside no âmbito espacial subsidiário da ADPF. Sabe-se que este instrumento, seja na modalidade autônoma ou incidental, só pode ser manejado quando não houver outra forma ou meio de repelir ou contiver a lesão ao preceito fundamental⁴⁹⁴.

Aqui se diverge de BERNARDES⁴⁹⁵ porquanto, diferentemente do mencionado autor, o art. 6, §1º, da Lei nº 9.882/99 não deixa dúvidas em restringir a utilização da ADPF (autônoma ou incidental) apenas às hipóteses de onde não são cabíveis outros meios de impugnação do ato lesivo. Conclui-se que, ao seu modelo incidental, também se verifica o caráter subsidiário. Assim, não se aplicará a ADPF em situações das quais são cabíveis, por exemplo, a Ação Direta de

⁴⁹³ “Art. 10 - Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

⁴⁹⁴ Vide o §1º do art. 6º da Lei nº 9.882/99: “§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

⁴⁹⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 115.

Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação Direta Interventiva.

Ademais, agora sob o prisma incidental, além das matérias absorvidas pelas ações tradicionais do sistema concentrado de constitucionalidade, pensa-se que não será possível a utilização da ADPF incidental, dado o seu caráter subsidiário, nas questões amparadas, *verbi gratia*, pelo Mandado de Segurança, Ação Civil Pública e Ação Popular. Nessa linha de raciocínio, a argüição de descumprimento de preceito fundamental em sua modalidade incidental apresenta um campo de atuação muito reduzido.

Outra questão que se entende muito preocupante nessa modalidade da ADPF é o fato de que as partes, o Ministério Público e os juízes, que compõem o processo ordinário (sujeitos, em sentido *lato*, do processo), não foram legitimados para a invocação deste incidente.

Sabe-se que a opção do Presidente da República de então, Fernando Henrique Cardoso, ao vetar o inciso II, do art. 2º da Lei nº 9.882/99, é limitar o manuseio desse novo mecanismo de controle aos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade⁴⁹⁶. Dessa maneira, se o

⁴⁹⁶ Eis a transcrição do trecho das razões do veto sobre o dispositivo em discussão, assim dispostas na Mensagem nº 1.807, de 03 de dezembro de 1999: "A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público.

objetivo do legislador ordinário é a criação de um método incidental de acesso ao Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de racionalizar o exercício da fiscalização da constitucionalidade no Brasil, a exclusão da expressão “todo e qualquer do povo” (aqui se incluindo os magistrados) fulmina o seu desiderato primaz, porquanto equipara as duas modalidades (autônoma e incidental) numa só.

Da maneira como foi promulgada, a ADPF incidental não pode ser comparada ao incidente de argüição de inconstitucionalidade europeu, tampouco ao recurso de amparo (Espanha) e recurso constitucional (Alemanha).

Se a modalidade autônoma da ADPF é franqueada aos legitimados da ADI, não há sentido da sua utilização incidental, pois só a eles é assegurada a prerrogativa de manuseá-la. Sobre esse prisma, como pondera TAVARES⁴⁹⁷, a equiparação do rol de legitimados da ADPF autônoma e incidental constitui-se num ato de irracionalidade. Ademais, na medida em que se permite que os legitimados para a propositura da ADI possam “intervir” nos processos ordinários na qualidade de “terceiros especiais”, estar-se-á chancelando o exercício de uma clara inferência inadequada e inoportuna que, além de prejudicar sobremaneira o desenrolar do feito, compromete a autonomia das relações processuais, a concretização do contraditório e da ampla defesa e, principalmente, a própria independência da autoridade judicial.

Nesse sentido, muito embora persista no texto ordinário a possibilidade do interessado, de maneira supletiva, solicitar ao Procurador Geral da República a propositura da argüição incidental de descumprimento de preceito fundamental, crê-se que a modalidade difusa (via incidente) resta seriamente comprometida com o veto aportado sobre o inciso II, do art. 2º, da Lei nº 9.882/99.

Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”(Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 03/09/2005.

⁴⁹⁷ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. Op. cit., p. 400. [nota 282].

A guisa de conclusão, não é crível aceitar que a ADPF – da forma como é construída – institua no ordenamento jurídico brasileiro o incidente de inconstitucionalidade, tal como existe na Espanha, Alemanha, Itália ou Portugal. Isto porque, com o veto supramencionado, a ADPF incidental assemelha-se muito mais à antiga avocatória⁴⁹⁸ do que a qualquer outro instrumento democrático de jurisdição constitucional. Além disso, mesmo que haja a prerrogativa dos juízes e tribunais ordinários em suscitar a ADPF incidental (ou se as partes do processo comum em tramitação possam se valer deste incidente), o âmbito material da ADPF constitui-se de uma restrição muito negativa. Isto limita, como dito alhures, a quase totalidade das discussões constitucionais sob a ótica do plano concreto.

Para corroborar com esta assertiva, basta imaginar que a maioria das demandas em tramitação discute supostas inconstitucionalidades antecedentes (e não supervenientes), porquanto as leis anteriores ao Texto Constitucional não precisam ser declaradas inconstitucional para não serem aplicadas. Cabe ao magistrado tão somente não as recepcioná-las através da eficácia direta sobre o caso concreto da Constituição de 1988. Como as normas federais e estaduais posteriores à Constituição Federal são passíveis de questionamento via outras ações diretas de inconstitucionalidade, resta apenas aos auspícios da ADPF incidental a análise de leis e atos normativos municipais.

Como contraponto, vê-se que o incidente de inconstitucionalidade não é compatível com um instrumento tão limitado, do ponto de vista material, como é a ADPF. A alternativa do incidente de inconstitucionalidade deve ser albergada, então, às diversas situações em que exista uma questão constitucional relevante a ser discutida, não cabendo, nesse modo, qualquer restrição quanto ao formato e à natureza da norma apontada como incompatível com a Constituição.

⁴⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 209. [nota 110].

Conclui-se, portanto, que a ADPF não institui (como se desejava) um verdadeiro incidente de inconstitucionalidade aos moldes europeus. Mais além, a ADPF incidental não passa de um péssimo protótipo daquilo que, desde a sua concepção despreziosa, já se apresentava com o único desiderato de combater um problema circunstancial da “guerra de liminares” – situação que tomou conta do cenário nacional quando da época das privatizações das empresas nacionais de telecomunicações e energia elétrica.

4.3.3 Incidente de inconstitucionalidade no Brasil: as propostas legislativas.

Ultrapassada a apresentação do que já existe e é posto em nosso ordenamento jurídico, cumpre-se nesta etapa final da pesquisa verificar se há nas Casas Legislativas brasileiras propostas com a finalidade de inserir, na ordem jurídica nacional, o incidente de arguição de inconstitucionalidade, ferramenta tipicamente européia.

O Congresso Nacional Brasileiro possui alguns projetos cujo objetivo central é a inserção do incidente de inconstitucionalidade *lato sensu*. O primeiro a ser analisado é a Proposta de Emenda Constitucional, nº PEC/CD 406/2001, de autoria do Poder Executivo, atualmente na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, tendo como relator o Deputado Federal Sigmaringa Seixas. Através da mencionada PEC, busca-se acrescer o §5º ao art. 103 da Constituição Federal de 1988, facultando ao Supremo Tribunal Federal o acolhimento de incidente de inconstitucionalidade, a ser promovido por qualquer um dos legitimados para a propositura da ADI.

Mediante esta proposta de inovação constitucional, ainda não aprovada no CN, as hipóteses de relevância da questão, o Supremo Tribunal Federal admitiria o incidente,

determinando-se a suspensão de todos os processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal até o julgamento da questão. A decisão do incidente, ao se posicionar pela inconstitucionalidade, apresentaria eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Como se verifica, esta PEC esbarra nas idênticas dificuldades de assimilação e intelecção da ADPF incidental. Não se vislumbra, com os mesmos argumentos de outrora, qual a razão do legislador constituinte derivado limitar o exercício do incidente de inconstitucionalidade aos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

O argumento que provavelmente sirva de justificativa para aqueles que a defendam reside na assertiva de que, com a aprovação dessa PEC, o Supremo Tribunal Federal, quando provocado, poderia suspender o trâmite dos processos ordinários, cuja matéria constitucional seria apreciada no incidente. Acaso seja esse o único propósito dessa proposta legislativa ainda não aprovada, a PEC nº 406/2001 está evidentemente prejudicada, porquanto a nossa ordem jurídica já autoriza a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, por meio da Lei nº 9.868/99, de utilizarem de mecanismos de contenção dos processos de instâncias de primeiro e segundo graus, até o julgamento final das respectivas ações concentradas.

Se assim o for, o incidente de inconstitucionalidade, tal como sugerido na PEC nº 406/2001, nasceria de maneira similar à ADPF incidental: natimorto ou com sérias probabilidades de se tornar mais um entulho processual. Então, não se comunga do pensamento de MENDES⁴⁹⁹ de que, para o sistema brasileiro de aferição de constitucionalidade seria razoável que o incidente sofresse uma mutação – em comparação aos alienígenas – capaz de permitir que

⁴⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 263.

entes estranhos ao processo ordinário, excluindo-se que o próprio juiz, tribunal e as partes envolvidas, no caso concreto, detivessem o monopólio da legitimidade ativa do incidente.

Por mais que se aprecie a extensão do rol de legitimados da ADI, não se pode olvidar que o incidente de inconstitucionalidade (*de lege ferenda*) terá, acaso inserido no Brasil, o propósito de suprir toda uma demanda de questões constitucionais que afloram no seio dos processos ordinários, cujo foco central é de solucionar litígios intersubjetivos. Limitar o acesso ao incidente à lista de legitimados da ADI é fugir, do modo como foi proposto na PEC n° 406/2001, do espírito democrático que a República Federativa do Brasil tem como princípio maior. Vincular a aptidão para a provocação do incidente (*de lege ferenda*) ao rol taxativo da ADI é criar uma clausura sequer apresentada nos países de índole eminentemente concentrada de controle de constitucionalidade, como são os casos da Alemanha e Áustria.

Retomando o tema, cumpre observar que o incidente de inconstitucionalidade também integra as Propostas de Emenda Constitucional sobre a denominada “Reforma do Judiciário”⁵⁰⁰. Todavia, não está incluído no conjunto daqueles dispositivos consagrados pela Emenda Constitucional n° 45/2004, tampouco está contido nas propostas remanescentes de Emenda à Constituição, quais sejam, a PEC n° 377/2005 (institui a súmula impeditiva de recursos) e a PEC

⁵⁰⁰ Relatório Substituto do Deputado Federal Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional n° 96/92 (Emenda do Judiciário), *in verbis*: "Art. 107 (...) § 5o Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1o, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional." Posteriormente, a mencionada PEC foi objeto de nova versão, agora sobre a lavra do Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira, cujo tema do incidente de inconstitucionalidade, foi assim disposto, *verbis*: Art. 103 (...) Parágrafo 5º. O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre constitucionalidade lei, ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República". In: MENDES, Gilmar Ferreira. Incidente de Inconstitucionalidade: Uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. *Revista Jurídica Virtual*, v.1., n.2, jun. 1999. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/incid_inconst.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2005.

nº 358/2005 (Altera dispositivos dos arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal, acrescenta os artigos 97-A, 105-A, 111-B e 116-A, e dá outras providências)⁵⁰¹.

Noutra banda, há um projeto de lei de autoria do Senador Artur Virgílio, tombado sob o nº SN 206/2004⁵⁰², que visa a alterar o Código de Processo Civil brasileiro na parte em que regula o incidente de inconstitucionalidade endo-processual (*lato sensu*), mais precisamente acrescentando os parágrafos quarto a sétimo ao artigo 482, do CPC⁵⁰³. Através dessa proposta, o incidente de arguição de inconstitucionalidade será processado em autos apartados (como já o é), possibilitando as partes de recorrer ao Supremo Tribunal Federal logo após o julgamento do incidente pelo tribunal pleno ou órgão especial da corte local, sem a necessidade de se aguardar a decisão de mérito do caso concreto. Ademais, o Supremo Tribunal Federal poderá determinar o sobrestamento do andamento dos processos ou dos efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto do recurso, salvo se decorrentes da coisa julgada (sugestão da PLO nº 206/2004 ao acrescentar o §7º, do art. 482, do CPC).

A proposição legislativa em referência comete dois equívocos: o primeiro, incorrer na mesma opção da ADPF incidental e de outros projetos de Emenda à Constituição, em vincular o

⁵⁰¹ Diz-se até que, em razão de um acordo, foi suprimida da proposta final apresentada pela Câmara dos Deputados, nem sequer chegando a ser apreciada pelo Senado Federal. Vide MENDES, Gilmar Ferreira. Legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Op. cit., p. 263. [nota 499].

⁵⁰² BRASIL. *Diário do Senado Federal*. 06 de jul. 2004. p. 20725.

⁵⁰³ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 206, de 2004. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º O art. 482 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil fica acrescido dos seguintes parágrafos: “Art. 482. § 4º A questão constitucional será julgada em autos apartados, implicando o respectivo acórdão causa constitucional decidida. § 5º Os autos a que se refere o § 4º serão destacados para o imediato processamento do eventual recurso extraordinário interposto. § 6º Declarada a inconstitucionalidade pelo Tribunal Pleno, a parte interessada e o Ministério Público poderão interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (alínea b do inciso III do art. 102 da Constituição) para o fim de decisão, desde logo, da questão constitucional, sem prejuízo da tramitação dos autos principais no tribunal recorrido. § 7º O Supremo Tribunal Federal, quando do processamento do recurso extraordinário a que se refere o § 6º poderá determinar a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto do recurso, salvo se decorrentes da coisa julgada”. Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

rol de legitimados ao mesmo da ADI e da ADC; o segundo, limita a prerrogativa do incidente de inconstitucionalidade a um momento posterior do julgamento da questão constitucional pelo pleno ou órgão fracionário do tribunal ordinário, no exercício da competência definida pelo art. 97, da Constituição Federal (princípio da reserva de plenário).

Em particular, sobre esse último ponto de crítica, se a intenção do incidente de argüição de inconstitucionalidade, ainda não existente no Brasil, é encurtar o espaço de tempo de a matéria constitucional ser levada ao conhecimento, do Supremo Tribunal Federal, resta ilógico cercear esse mecanismo quando o processo ordinário ainda está em primeira instância, donde nem sequer o incidente endo-processual é suscitado. O incidente de argüição de inconstitucionalidade (*de lege ferenda*), em contraposição com um sistema intrincado de recursos brasileiro⁵⁰⁴, somente será útil se alcançar questões constitucionais suscitadas nos mais diversos momentos do processo.

Aqui, não importa se esse instante temporal será antes ou depois de ultrapassada a primeira instância ordinária, tampouco se em momento antecedente, na órbita recursal, à própria concretização da competência do pleno ou do órgão especial (princípio da reserva de plenário). O elementar é que a questão constitucional seja dotada de relevância objetiva que a capacite à invocação do incidente.

Com essas considerações, forçoso concluir que não só esse, mas todos os demais projetos supracitados, atualmente em trânsito no Congresso Nacional brasileiro, não atendem, a contento, às finalidades de um verdadeiro e específico incidente de inconstitucionalidade, porquanto se revelam falhos por almejarem a criação de um incidente pela metade, diversamente

⁵⁰⁴ Como consigna WALD, a média de tempo para uma questão judicial chegar às Cortes Superiores é de quatro ou cinco anos após a sua propositura (WALD, Arnoldo. O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma Justiça rápida e eficiente. *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 7, dez. 1999. Brasília. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccvil_03/revista/Rev_07/just_rapida.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2005.

da realidade européia, sem a pluralidade que lhe caracteriza, sem a força do juiz ordinário que o impulsiona, sem a racionalidade que o autoriza de fazê-lo em qualquer momento do processo.

4.4 Em defesa da inserção na ordem jurídica brasileira do incidente de arguição de inconstitucionalidade meta-processual (*de lege ferenda*)

Vê-se, desde as primeiras linhas do terceiro e do quarto capítulo, o quanto é complicada, muito embora necessária, a convivência dos dois modelos de fiscalização da constitucionalidade. Do mesmo modo, defende-se que é fundamental se ultrapassar essa concepção bipolar entre o método difuso e concentrado, partindo-se da premissa de que é possível a criação de algumas alternativas que os agregue de maneira mais harmônica, formando-se assim um sistema misto no verdadeiro sentido da palavra.

Noutra banda, discutiu-se que, por mais que o controle difuso de constitucionalidade seja uma forma de efetiva democratização da jurisdição constitucional, a solução final da dúvida sobre a compatibilidade da lei ou do ato normativo ao Texto Constitucional é, na maioria das vezes, elidida pela Corte Constitucional e, no caso do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, há determinadas situações em que o retardamento da definição conclusiva da questão constitucional apresenta-se como fato gerador de desestabilização e desagregação social, afetando não só o litígio em específico, mas também os demais postos em juízo com ele concatenados.

Esta preocupação é ainda mais sobressalente no instante em que se está em análise determinadas demandas, cujo âmbito espacial transcende os direitos individuais, alcançando os patamares de bens de vida difusos e coletivos. As idas e vindas de um processo ordinário, o vai e

vem dos recursos, se já apresentam efeitos nefastos para conflitos comuns e corriqueiros, traduzem-se como catastróficos em discussões judiciais sobre interesses transindividuais, dos quais existe uma multiplicidade de pessoas envolvidas direta ou indiretamente.

Nessas hipóteses, o princípio da segurança jurídica, um dos primados do Estado de Direito, atinge o limite mais baixo de aceitabilidade, chegando, algumas vezes, a mergulhar em uma área cinzenta, capaz de comprometer a estabilidade e a credibilidade das instituições nacionais.

Por outro lado, sabe-se que o modelo concentrado vê o problema do controle de constitucionalidade de cima para baixo, do planalto para a planície. São atores efetivamente políticos que, nos primeiros sinais de intranqüilidade, estão dotados de certa sensibilidade para propagar o contra-ataque do sistema em face da norma que supostamente está vitimando a Constituição.

Porém, o método concentrado demora e retarda – não raros os momentos – nas respostas. Muitas vezes omissos, outras vezes coniventes, os legitimados ao exercício ativo da ADC, ADI e ADPF não conseguem desempenhar a contento o papel de “substitutos” da sociedade. A carência de justificação, legitimação e representação são, nas ações diretas, realmente elementares.

Em contrapartida, eis o sistema misto que, devido ao ainda conservador procedimento ordinário e ao confuso sistema recursal, torna-se refém de sua própria essência democrática, na medida em que contribui para o acúmulo de decisões confusas, conflitantes e contraditórias. Exemplificando, o juiz ordinário considera uma lei constitucional na órbita de um caso concreto eminentemente cível; dessa decisão interlocutória, por exemplo, é interposto um agravo de instrumento, sendo seu resultado pelo desprovimento; tempos depois, o juiz sentencia no processo e, sendo a matéria constitucional de ordem pública, muda de posicionamento e decide,

ao enfrentar a prejudicial, por declarar a lei inconstitucional; na fase de apelação, o tribunal *ad quem* a julga inconstitucional, após remeter esta matéria ao órgão especial ou pleno; inconformado, a parte interpõe um recurso extraordinário, oportunidade na qual o Supremo Tribunal, ao contrário das instâncias ordinárias, posiciona-se pela constitucionalidade daquele ato normativo.

Nesse interregno, uma série de outras demandas, cujo questionamento da mesma lei ali se encontra, é levada à apreciação do Poder Judiciário, nos mais diversos rincões do Brasil. Alguns magistrados posicionam-se pela constitucionalidade, outros ao contrário; alguns processos seguem para fase recursal, outros são sobrestados com o trânsito em julgado. Alguns chegam ao Supremo Tribunal Federal, muitos são barrados na análise da admissibilidade pela instância *a quo* do recurso extraordinário. E, nessa *via crucis*, algumas decisões estarão em consonância com a posição do Supremo Tribunal Federal e outras não.

Numa visão individual e privada, poder-se-ia dizer que essa problemática talvez faça parte do jogo judicial, no qual vencem os mais persistentes e tecnicamente mais preparados (ou melhores assistidos). O caminho pela efetivação do direito seria comparado, em suma, aos primeiros atos da concepção humana, assim traduzida pela luta dos espermatozóides em busca do tão sonhado óvulo.

A longevidade do processo, a dubiedade e contradição das decisões judiciais sobre questões constitucionais, a ausência do tratamento isonômico da Administração da Justiça para os jurisdicionados, a inquietude da comunidade ante a falta de definição da aplicação ou não das normas emanadas pelo Poder Público, entre outras perturbações sistêmicas, geram um desassossego típico de uma sociedade desvinculada à realidade pós-moderna, cujas precisões imediatas e rápidas não são mais compatíveis com a visão de que a jurisprudência só é formada após um longo período de decantação, de erros e de acertos.

Nesse prisma, acredita-se que a introdução no Brasil do incidente de argüição de inconstitucionalidade nos moldes europeus, com as adaptações devidas, constitui-se, assim, em uma alternativa segura e eficaz para se reduzir o grau de intranqüilidade jurídica que o modelo misto brasileiro de fiscalização do respeito à Constituição apresenta hodiernamente. Além de diminuir o lapso temporal do exercício da tutela definitiva sobre a questão constitucional voltada à solução de um caso concreto, o incidente de argüição de inconstitucionalidade (*de lege ferenda*) funciona como uma engrenagem capaz de conter, reflexamente, a enormidade de recursos extraordinários a agravos de instrumento que se amontoam nas prateleiras dos gabinetes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A partir do julgamento de um incidente de inconstitucionalidade, todas as outras demandas, cuja matéria constitucional é idêntica àquela decisão, estarão vinculadas, coibindo, assim, a reiteração de recursos sobre temas idênticos. O incidente de inconstitucionalidade (*de lege ferenda*) será um mecanismo importantíssimo para a consagração do sistema misto de controle de constitucionalidade.

Mas como seria a concepção e o funcionamento do incidente de argüição de inconstitucionalidade no Brasil? É o que se sugerirá a seguir.

4.4.1 Cabimento, competência e legitimidade para a argüição

O incidente de argüição de inconstitucionalidade (*de lege ferenda*) será cabível em toda e qualquer demanda na qual exista uma questão constitucional (fiscalização da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo) como premissa (matéria prejudicial) para a solução do caso concreto. Competirá ao pleno do Supremo Tribunal Federal apreciar, por força

do art. 97 da Constituição de 1988, o incidente de inconstitucionalidade ora proposto. Por outro lado, a prerrogativa da argüição caberá às partes envolvidas no processo, ao Ministério Público (na qualidade de fiscal da lei) e ao próprio magistrado ou órgão colegiado.

Porém, tal como na Europa, o primeiro exame da pertinência ou não do incidente ficará a cargo do magistrado ou órgão colegiado a quem compete o processamento do feito, mantendo-se assim a independência da autoridade judicial sobre o caso concreto. Em outras palavras, ao magistrado ou órgão colegiado é assegurada a alternativa de suscitar e concordar com o incidente ou negá-lo, seja por entender que a lei ou ato normativo é constitucional, seja por decidir a, ele próprio, exercer a fiscalização da constitucionalidade sem a remessa direta da questão ao Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, cria-se a possibilidade do incidente de inconstitucionalidade sem retirar dos órgãos jurisdicionais ordinários a prerrogativa que a história constitucional brasileira lhes assiste de efetivar o controle difuso da constitucionalidade. Essa é, especificamente, uma diferença muito clara entre o incidente de inconstitucionalidade ora proposto e aquele existente na experiência européia (cuja fiscalização da constitucionalidade é do monopólio das Cortes Constitucionais).

Reitera-se, percebe-se que aqui há uma peculiaridade com relação ao incidente de inconstitucionalidade europeu, porquanto se no Brasil o controle difuso é permitido, na maioria dos países da Europa o poder de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos concentra-se nas mãos das Cortes Constitucionais. A adaptação que se ora sugere – fruto de um controle misto de constitucionalidade – garantirá, em suma, o acesso ao incidente de argüição sem prejuízo das prerrogativas das instâncias ordinárias.

Como dito acima, as partes e o Ministério Público suscitarão no processo originário o incidente, bem como a autoridade judicial também poderá fazê-lo de ofício. Todavia, o

acatamento do incidente de inconstitucionalidade depende, em última análise, do juiz ou órgão colegiado que analisará o processo.

Verifica-se nessa proposta (*de lege ferenda*) que não há vinculação da legitimidade ativa do incidente de inconstitucionalidade ao rol de autorizados para a propositura da ADI e ADC. Pelo contrário, não se facultará esta prerrogativa àquele, a não ser que sejam partes efetivas do processo. Dessa maneira, o incidente nascerá do próprio ventre dos autos ordinários; configurar-se-á como uma alternativa, uma válvula de escape que será conferida às personalidades que compõem o cenário processual em concreto para alcançarem um juízo de valor definido – em um curso espaço de tempo – sobre a questão constitucional posta em comento.

4.4.2 Requisitos de admissibilidade

Como exposto, o magistrado, ou órgão colegiado ordinário, é quem decidirá sobre a pertinência do incidente. Acaso se posicione pela necessidade e conveniência da medida, será realizada a feitura de autos autônomos, com a correspondente remessa para o Supremo Tribunal Federal.

Compete instância *a quo*, então, uma análise prévia da viabilidade do incidente. Por isso, resta estudar nesse protótipo de proposta do incidente de inconstitucionalidade os seus requisitos de admissibilidade.

Além dos requisitos formais que o incidente de inconstitucionalidade europeu possui, dentre os quais se destacam a pertinência (o juiz deverá comprovar a necessidade do enfrentamento da questão constitucional face o seu caráter de prejudicial à solução do caso concreto), a motivação (fundamentos da incompatibilidade do texto normativo com a

Constituição) e a existência jurídica da lei ou ato normativo em discussão, crê-se que será dever do magistrado, para fins de manejo do incidente, comprovar a relevância do tema (a transcendência do assunto), sem o qual não haverá interesse para utilizá-lo, posto que ao magistrado será mantida a faculdade difusa de controle da constitucionalidade.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal não estará obrigado, tal como ocorre no recurso extraordinário, a receber e julgar todos os incidentes que lhe serão remetidos. Em congruência com o modelo europeu, este instituto processual brasileiro deverá ser objeto de uma aferição prévia dos elementos necessários para seu enfrentamento meritório. O primeiro deles, diga-se formal, será - como dito alhures - a demonstração explícita, no instrumento do incidente, da norma constitucional supostamente violada e a lei ou ato normativo, cuja mácula se impõe. O segundo, resumir-se-á na exigência de motivação. O magistrado ou órgão colegiado ordinário, ao se posicionar pela utilização do incidente, deverá justificar suas razões, em especial ao apresentar os argumentos que o levará a vislumbrar a plausibilidade da pecha de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O terceiro será a relevância endógena da questão constitucional. O magistrado, ou órgão colegiado ordinário, deverá justificar que a questão constitucional merece ser enfrentada, sob pena do processo ordinário em concreto não atingir à sua solução definitiva, posto que a matéria em tela revelar-se-á como prejudicial intransponível. Como afirma LÓPEZ ULLA⁵⁰⁵, exigir-se-á que o argüente (magistrado ou órgão colegiado ordinário) demonstre que a definição daquela questão constitucional é determinante para o resultado final do caso concreto.

O quarto, a relevância social da questão. Será coerente exigir a defrontação, na ótica do sistema brasileiro de aferição da constitucionalidade (tal como ocorre com o recurso extraordinário) da pertinência que o tema oferece para a sociedade, para a comunidade. Se o incidente de argüição de inconstitucionalidade terá como seu maior propósito o combate da

⁵⁰⁵ ULLA, López. *La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español* Op. cit., p. 79. [nota 470].

intranqüilidade gerado pelo desídiioso e cansativo sistema recursal brasileiro, a permissão, sem motivo, do acesso direto – *per saltum*, via incidente – ao Supremo Tribunal corresponderia à própria subversão do mecanismo. Isto proporcionará uma mutação que mais o aproxima a uma tentativa de sumarização do processo do que realmente aos fins aos quais se destina.

O Supremo Tribunal Federal possuirá, mediante essa proposta ora formulada, a prerrogativa de não admitir (receber) um incidente que não preencha os requisitos supracitados. Se assim o fizer, os autos autônomos retornarão ao juízo de origem, a fim de que ele dê seguimento ao processo, fazendo o que for importante (até mesmo realizar o controle difuso da constitucionalidade, acaso entenda necessário para o fechamento do caso concreto).

A não admissibilidade do incidente de argüição de inconstitucionalidade não impedirá a reiteração, em outra fase do processo, do pedido, tampouco retirará da parte o direito de interpor recurso extraordinário quando a demanda alcançar uma decisão de última ou única instância ordinária.

Volve-se aquilo que foi dito alhures: o incidente de argüição de inconstitucionalidade terá uma natureza excepcional e, como tal, a sua não utilização ou admissibilidade não será meio idôneo para sobrestar, portanto, a interposição do recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal.

4.4.3 A admissão do incidente

A situação não será idêntica quando o Supremo Tribunal Federal admitir o incidente de inconstitucionalidade. Se assim o fizer, surgirá aí o grande momento para se extrair bons frutos desse novo instituto.

Inicialmente, sugere-se que a decisão de admissibilidade do incidente por parte do STF seja publicada na imprensa oficial, Diário Oficial da União. Trata-se de um expediente muito interessante do Direito italiano, com o objetivo de inibir a reiteração de incidentes de inconstitucionalidade sobre tema similar. A admissão do incidente possibilitará que o Supremo Tribunal Federal determine, nos mesmos moldes da ADC⁵⁰⁶ e da ADPF⁵⁰⁷, a suspensão do curso dos processos ordinários ou dos efeitos de suas respectivas decisões até o julgamento final do incidente.

Esse sobrestamento não se limitará ao processo do qual o emana, mas a todos os processos ordinários, cuja questão constitucional é idêntica àquela suscitada no incidente. Por se tratar de uma tutela de urgência no âmbito do incidente de argüição de inconstitucionalidade, recomenda-se que essa decisão somente se efetive nos termos da medida cautelar da ADC, ou seja, com a aprovação da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal. A experiência nacional não foi a das melhores na concessão monocrática do juízo de urgência, como ocorreu recentemente com a ADPF⁵⁰⁸.

Crê-se que, se concedida a liminar acautelatória, o mais adequado será exigir, tal qual na ADC, conforme o art. 21, da Lei n° 9.868/99, um prazo para que o Supremo Tribunal Federal julgue em definitivo o incidente de inconstitucionalidade. Até 180 (cento e oitenta) dias é um lapso temporal mais do que razoável.

⁵⁰⁶ Art. 21 da Lei n° 9.868/99: “O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”.

⁵⁰⁷ Art. 5° da Lei n° 9.882/99: “Art. 5° (...) § 1° Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno. § 2° O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. § 3° A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.

⁵⁰⁸ Lembre-se da polêmica decisão do Ministro Marco Aurélio de Melo ao conceder monocraticamente medida cautelar na já citada ADPF n° 54 – possibilidade de realização do aborto eugênico.

Mas há que se perguntar: o incidente de inconstitucionalidade poderá não ser admitido pelo Ministro Relator (juízo monocrático)? Não se vê qualquer problema, desde que se conceda ao interessado direto a oportunidade de recorrer dessa decisão ao pleno do Supremo Tribunal Federal mediante agravo interno, tal como ocorre na Espanha com o recurso de súplica (nesse particular, sugere-se que o exame do requisito da relevância também seja feito pelo relator, distanciando-se atualmente do modelo do recurso extraordinário, cuja negativa de seguimento por irrelevância só pode ser alcançada com quorum qualificado do STF).

4.4.4 Da participação dos interessados nos autos do incidente

O processamento do incidente de inconstitucionalidade deverá respeitar o mais elevado grau de participação democrática e plural dos interessados no feito, ainda mais por se tratar de um instituto processual que agrega o método difuso e concentrado.

Dever-se-á conferir, inicialmente, a participação de todos os envolvidos no processo ordinário. O ideal será que, em respeito à celeridade, os autos do incidente já venham acompanhados das razões de todos os litigantes do processo originário (audiência prévia, nos moldes da experiência espanhola).

Além disso, o Ministério Público (através da Procuradoria Geral da República), as pessoas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e os legitimados do art. 103, da Constituição Federal também deverão ter a prerrogativa, se assim desejarem, de se manifestarem por escrito sobre a questão constitucional objeto de discussão no incidente, nos contornos parecidos aos quais são conferidos pelo art. 482, do Código de Processo Civil

brasileiro⁵⁰⁹. Contudo, com o propósito de racionalizar o processamento do incidente, crê-se não será viável que seja autorizado, na qualidade de terceiros interessados, o ingresso de outras pessoas e entidades além daquelas hodiernamente previstas no art. 482, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil.

Não há como fugir do fato de que, a partir do instante em que esse incidente alcançar às hostes do Supremo Tribunal Federal, existirá um caminho silencioso, mas muito significativo, de objetivação do exame da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. De difusa, a questão constitucional tornar-se-á focada para uma jurisdição concentrada, o que, em tese, proporcionará uma mutação para um processo “sem partes”, o que se conclui, assim, como totalmente desproporcional à ventilação do instrumento da intervenção de terceiros.

Registre-se, a título de argumentação, que a intervenção tradicional de terceiros – tal como se conhece no âmbito do Código de Processo Civil – também não é permitida nas ações diretas, tais como a ADI, ADC e ADPF. A restrição da intervenção de terceiros – o que pode soar como antidemocrática – é claramente compensada pela total abertura de acesso (legitimados ativos) para a provocação do incidente no curso de um processo ordinário.

4.4.5 Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no incidente

⁵⁰⁹ "Art. 482. § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Por fim, a proposta ora sugerida está em conformidade com o Direito estrangeiro, bem como em sintonia com os principais argumentos para a criação e consolidação do incidente de inconstitucionalidade.

Uma vez declarada inconstitucional a lei ou ato normativo através do incidente, a decisão (cujo quorum de aprovação deverá ser de maioria absoluta dos membros do Tribunal, em respeito ao art. 97, da Constituição Federal de 1988) será no sentido de (1) resolução definitiva da questão constitucional na órbita do caso concreto donde partiu o incidente, (2) e a declaração de eficácia dessa decisão para todos (envolvidos ou não no processo originário) e efeito vinculante.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal emitirá uma ordem voltada não só para o caso concreto, mas para todos os processos em tramitação, cuja solução final da lide dependa da transposição desse obstáculo material, qual seja a matéria prejudicial julgada no incidente. Há, portanto, um extravasamento dos limites dos autos processuais do qual é lançado, transcendendo-se o âmbito específico daquele caso concreto, a fim de consolidar, com eficácia *erga omnes*, a posição definitiva do STF sobre determinada questão constitucional.

Esse efeito propulsor deverá ser imediato, após a publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal no Diário Oficial da União. Cumprida essa exigência formal, todos os juízes e tribunais ordinários deverão julgar o caso concreto seguindo a premissa material posta pelo STF. O descumprimento daquela decisão será combatido através do instrumento da reclamação constitucional, previsto no art. 102, inciso I, alínea *l*, da Constituição Federal de 1988.

Finalmente, a título de registro, convém admitir, na prática do incidente de inconstitucionalidade ora proposto, a utilização das técnicas mais modernas de decisão, tal como a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial da inconstitucionalidade sem redução de texto e, porque não dizer, a técnica modulação dos efeitos temporais.

CONCLUSÕES

A Jurisdição Constitucional assume, de forma mais intensa, no cotidiano pós-moderno das sociedades, o personagem não só de intérprete maior da Constituição, mas também o de principal artífice de um projeto de efetivação do Estado Democrático de Direito e da gama de prerrogativas fundamentais.

A ilustrada função é ainda mais evidente nos países periféricos, como é o caso do Brasil, donde se clama por sua parte uma atitude mais ativa e altaneira, no sentido de funcionar como mecanismo de preenchimento das fissuras sociais provocadas pela inércia e ausência de comprometimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Nessa linha, deve-se constatar que a sua fonte de justificação reside na própria essência democrática que se dispõe a defender, numa união de esforços e co-participação com os demais poderes estatais na consolidação do bem comum para todos.

Mas, ao encampar a defesa deste ideário, a Jurisdição Constitucional precisa conhecer seus próprios limites, sem o qual não será possível, inclusive, formular necessárias reformas formais e materiais. O exercício da ponderação e da prudência, assim consolidado através do princípio da proporcionalidade, conferirá aos atores do controle da constitucionalidade uma atuação funcional, mais atenta à proteção dos direitos fundamentais e, por outro lado, mais contida nas discussões que decorram das tensões entre os poderes e os entes federados.

Entretanto, não basta dotá-la com o dom da auto-contenção. Faz-se necessário propiciar os mecanismos procedimentais que a possibilitem de concretizar as metas que lhe são impostas. Assim, atingir o grau de aceitabilidade do papel da Jurisdição Constitucional é reavaliar sua própria estrutura operacional.

O constitucionalismo contemporâneo apresenta dois grandes métodos de controle jurisdicional da constitucionalidade: o difuso (de contorno americano) e o concentrado (de índole européia). O modelo difuso de aferição da constitucionalidade tem a característica de ser mais plural do que o concentrado, no que se refere aos seus intérpretes. O sistema difuso possui a qualidade de ser mais próximo das realidades sociais, porquanto brota do dia-a-dia da experiência judicial. A história do constitucionalismo brasileiro mostra que a origem do controle de constitucionalidade se deu através do método difuso e assim perpetua até os dias atuais, muito embora atualmente haja uma predominância da fiscalização concentrada da constitucionalidade.

A bipartição do controle de constitucionalidade no Brasil traz uma série de transtornos e incongruências. Ademais, o atual arquétipo do controle difuso brasileiro proporciona, com as diversas dificuldades materiais, sistêmicas e processuais, um gradativo aumento de insegurança e intranqüilidade jurídica, potencializados em momentos de crise e de perturbação social. Ultrapassar essa bipolaridade é admitir ser possível a inserção, por exemplo, no modelo difuso de técnicas processuais advindas da vivência do controle concentrado, como é o caso do incidente de inconstitucionalidade, tal como ocorre na Espanha, Itália, Portugal e Alemanha.

Através do incidente de inconstitucionalidade (*de lege ferenda*), alcançar-se-á a tutela definitiva da questão constitucional suscitada no caso concreto em um menor espaço de tempo, diminuindo a espera das partes e assegurando uma duração mais razoável da demanda. Ademais, tal como se sugere, o incidente de inconstitucionalidade funcionará como um efetivo instrumento de migração do difuso para o concentrado, atingindo o efeito meta-processual (*erga omnes* e vinculante), sem prejudicar as prerrogativas constitucionais dos juízes e tribunais ordinários de fiscalizar a compatibilidade das leis e atos normativos face à Constituição.

REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105/DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 18/08/2004. Publicado em 18/02/2005. DJ - Seção 4, volume 02180-02, página 00123.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22 de junho de 2005. Publicada em 29 de junho de 2005. DJ nº 123. Ata nº 09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.012/SP, relator Ministro Moreira Alves. Revista Trimestral de Jurisprudência 95/999.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Auto nº 93/1991. Sala Pleno: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon, de la Vega, Rodríguez-Piñero, Leguina, López, de los Mozos, Rodríguez, Gimeno y Gabaldón. 12 de março de 1991. Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=AUTO-1991-0093. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 25/1984. Ponente: don Antonio Truyol Serra. Sala Pleno: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera. 23 de fevereiro de 1984. Publicação BOE: 19840309 [«BOE» núm. 59] Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0025. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 155/1987. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, de la Vega, Díaz y Leguina. 14 de outubro de 1987. Publicação BOE: 19871112 [«BOE» núm. 271]. Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0155. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 210/1990. Ponente: don Francisco Tomás y Valiente. . Sala Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Rubio, García-Mon, de la Vega, Rodríguez- Piñero, Leguina, López, de los Mozos, Rodríguez, Gimeno y Galbandón.. 20 de dezembro de 1990. Publicação BOE: 19910110 [«BOE» núm9].Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1990-0210. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 387/1993. Ponente: don Fernando García-Mon y González-Regueral. Sala Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. 23 de dezembro de 1993. Publicação BOE 19940127 [«BOE» núm. 23]

Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0387. Acesso em: 03 de março de 2006.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process: an introductory analysis of the courts of the United States, England, and France*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. A Corte Suprema no evolutivo processo político. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando Direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 75-97.

_____. *O Problema de Legitimidade – no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal – Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ALVIM, Arruda. A EC nº 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(Orgs.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63-99.

ALVIM, J. E. Carreira. A declaração de inconstitucionalidade das leis e a lógica do sistema jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 10, v. 38, jan.-mar. 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 192-204.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Maria Lúcia. Justiça Constitucional, Protecção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou Que modelo de Justiça Constitucional melhor protege os direitos fundamentais. *Anuário Português de Direito Constitucional*, v. II, ano 2002, Coimbra: Coimbra Editora. pp. 11-22.

Anais da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Lisboa: Sala do Senado da Assembléia da República. 10 a 14 de outubro de 1995.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e o princípio da maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 75-84.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Poderes Neutrais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11, out.-dez. 2003, n. 45. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 237-248.

ARAGON, Manuel. *Constitucion y Control del Poder*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

AYLLÓN, Sergio López. Derecho, Estado y Globalización. *Isonomia: Revista de Teoria e Filosofia del Derecho*. n. 11, out. 1999. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999. pp. 07-21.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *A Soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições rígidas*. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Justiça Constitucional: garantia ou déficit da rigidez constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 77-135.

_____. Teoria Geral da Justiça Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno. (Org.) *Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 453-493.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte Norte-americana: um modelo para o mundo? *Revista de Direito Administrativo*. v. 233, jul.-set. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. pp. 201-211.

BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. 2.ed. Campinas: Russel, 2004.

_____. *Obras Completas de Rui Barbosa*. v. XX, 1893, t. V. Rio de Janeiro: MEC, 1958.

BARROS, Sérgio Resende de. O Senado Federal e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira Direito Constitucional*. Vol. 1, janeiro-junho de 2003. pp. 163-180.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BAUM, Lawrence. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*. Barcelona: Librería Bosh, 1987.

BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, SCOTT. *Modernidade Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995.

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n° 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. New Haven/London: Yale University Press, 1986

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Lúcio C. A. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Série Arquivos do Ministério da Justiça.

BLACK, Henry Campbell. *Handbook of American constitutional law*. 4.ed. St. Paul: West Publishing, 1927.

BOBBIO, Norberto. Sur le principe de Legitimité. *Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000. p. 147-155.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da constituição e recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros. 1999.

_____. Jurisdição Constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, 2004. pp. 120-144

_____. Os Direitos Fundamentais e a Globalização. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros. 2003. pp. 65-179.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL. *Diário do Senado Federal*. Brasília: 06 de jul. 2004. p. 20725.

BRASIL. Medida Provisória n° 2.226, de 04 de setembro de 2001. Diário de Justiça da União, Poder Judiciário, Brasília, 05 de set. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105/DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 18/08/2004. Publicado em 18/02/2005. DJ - Seção 4, volume 02180-02, página 00123.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22 de junho de 2005. Publicada em 29 de junho de 2005. DJ nº 123. Ata nº 09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.012/SP, relator Ministro Moreira Alves. Revista Trimestral de Jurisprudência 95/999.

BRITO, José Sousa e. Jurisdição Constitucional e princípio democrático. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 39-47.

BUZUID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional – Tomo I*. Coimbra: Almedina Editora, 1996.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 30-51.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 108-115.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. Jurisdição Constitucional e intransigibilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. pp. 871-887.

_____. *Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas*. Colóquio sobre o XX Aniversário do Tribunal Constitucional Português – 28 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html?impressao=1>>. Acesso em: 15/02/2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2.ed. – Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. El significado del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo. *La Justicia Constitucional*. México: UNAM, 1987. pp. 195-220

_____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

_____. *La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 1972.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. *Revista Forense*, vol. 366. Rio de Janeiro: Forense, março-abril de 2003. pp. 127-150.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, José L. Cascajo, e SENDRA, Vicente Gimeno. *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1992.

CERQUEIRA, Marcelo. *Cartas Constitucionais – Império, República e Autoritarismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORWIN, Edward. S. *A Constituição Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

COSTA, Edgard. *Os Grandes Julgamentos*. v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado*. 4.ed. São Paulo: Manole, 2004.

COUTINHO, Daniele do Rocio Formiga. Controle Incidental da Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v.24, jul.-set. 1998. pp. 123-140

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha (Coords). *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 171-184.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*. Bauru: Jalovi, 1896.

DE PAULA, Jonatas Luiz Moreira. *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social*. Barueri: Manole, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

DELLA CUNHA, Djason B. *Crise do Direito e da Regulação Jurídica nos Estados Constitucionais periféricos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Diritto Costituzionale*. 15. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Sumulas Vinculantes. *Revista Forense*. v. 347. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 51-65.

DINIZ DE MORAES, José. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade – a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 38, n. 150, abr.-jun. 2001. Brasília: Senado Federal, 2001. (99/120).

DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño et al. *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.

DUARTE, Fernanda, MOURA, Francisco, MASTRODI, Josué e TSUBONE, Rubens Takashi. Ainda há supremacia do Judiciário? In: DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. *Teoria da Mudança Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. pp. 43-153.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

ERIKSSON, Lars D. Tendencias conflictivas en el derecho moderno. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSIASSAO, Jyrki (orgs.). *La Normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. pp. 103-126

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Auto nº 93/1991. Sala Pleno: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon, de la Vega, Rodríguez-Piñero, Leguina, López, de los Mozos, Rodríguez, Gimeno y Gabaldón. 12 de março de 1991. Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=AUTO-1991-0093. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 25/1984. Ponente: don Antonio Truyol Serra. Sala Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera. 23 de fevereiro de 1984. Publicação BOE: 19840309 [«BOE» núm. 59] Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0025. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 155/1987. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, de la Vega, Díaz y Leguina. 14 de outubro de 1987. Publicação BOE: 19871112 [«BOE» núm. 271]. Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0155. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 210/1990. Ponente: don Francisco Tomás y Valiente. . Sala Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Rubio, García-Mon, de la Vega, Rodríguez- Piñero, Leguina, López, de los Mozos, Rodríguez, Gimeno y Galbandón.. 20 de dezembro de 1990. Publicação BOE: 19910110 [«BOE» núm9].Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1990-0210. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Cuestión de Inconstitucionalidad. Sentencia nº 387/1993. Ponente: don Fernando García-Mon y González-Regueral. Sala Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. 23 de dezembro de 1993. Publicação BOE 19940127 [«BOE» núm. 23] Disponível em: http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0387. Acesso em: 03 de março de 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Jurisdição Constitucional estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 12, n. 14, out.-dez. 2004, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 50-98.

FARIA, José Eduardo. Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 94-112.

_____. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERNANDES, Bianca Stamato. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição Brasileira e Modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. ano 5, n. 17, out.-dez. 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 38-49.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, n. 1, jan.-jun. 2003, Belo Horizonte: Del Rey. pp. 77-119.

_____. La declaración general de inconstitucionalidad en latinoamérica y el juicio de amparo mexicano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* – vol. 6. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. pp. 87-142.

FONSECA, Guilherme. Fiscalização concreta da Constitucionalidade e da Legalidade. *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro* – Tomo XXXIII. n.º 191-192. Setembro-Dezembro de 1984. pp. 22-30.

FREITAS, José Ferreira de. O Supremo Tribunal Federal como Suprema Corte Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 8, abr.-jun. 2000, n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 156-169.

FREITAS, Silvana de. TSE mantém restrição sobre alianças; Câmara vai recorrer. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 4 de março de 2006. Brasil, p. A.4.

GALINDO, Bruno. Comunitarismo e Constitucionalismo: perspectivas para a teoria constitucional do século XXI. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. ano 33, n. 24, dez. 2002. João Pessoa: Idéia, 2002. pp. 93-134.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista do Processo*, v. 119, ano 30, jan. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 91-116.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de Rejeição das Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade francês. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a 40, n 158, abri/jun. 2003. pp. 97-125.

GOMES, Luiz Flávio. Sumulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*. v. 739, maio 1997. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 11-42.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito Constitucional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *O Processo – Estudos e Pareceres*. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

GROPPI, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. *Sub Judice - Justiça e Sociedade*. jan.-jun. 2001. n. 20/21. Coimbra. pp.71/77.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teses sobre Direitos Fundamentais, Princípios Jurídicos e Estado Democrático de Direito. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha (Coords.). *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 667-673.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Juergen. *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Direito e Democracia – entre a facticidade e validade – v. 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Lê, 2005.

HARO, Ricardo. El Control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano* – Tomo I. 10 ed. Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2004. pp 41-74.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. A garantia constitucional da Constituição. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*. jan.-jun. 2001. n. 20/21. Coimbra. pp. 09-32.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JARDIM-ROCHA JÚNIOR, José. Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 151, jul/set. 2001. pp. 255-277.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español. *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*. Madrid: TC-CEC, 1995

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão Geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(Orgs.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 167-180.

_____. *Revista do Processo*. v. 120, ano 30, fev. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 112-137.

LEGARRE, Santiago. *El Requisito de la Trascendencia en el Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

LLORENTE, Francisco Rubio. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. In: LLORENTE, Francisco Rubio, e CAMPO, Javier Jiménez (Orgs.). *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. pp. 155-173

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 113-143.

LÖSING, Norbert. El guardián de la Constitución em tiempos de crisis. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano – Edición 2000*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2000. pp. 139-160.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. *Justitia*. São Paulo: a. 63, vol. 193, jan/mar. 2001, pp. 81/96.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000. pp. 183-202.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda de Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Quinze Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 203-208.

_____. Apelo ao legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXXIII, Lisboa, 1993. pp. 269-303.

_____. Incidente de Inconstitucionalidade: uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. *Revista Jurídica Virtual*, v.1., n.2, jun. 1999. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/incid_inconst.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 257-268.

_____. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 134, abr.-jun. 1997. Brasília: Senado Federal, 1997. pp. 11-39.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional. *Revista Doxa*. n. 23, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

_____. *Manuel de Direito Constitucional – Tomo V – Actividade Constitucional do Estado*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. Nos dez anos do funcionamento do Tribunal Constitucional. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Legitimidade da justiça constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 40, n. 159, Brasília: Senado Federal, jul.-set. 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Tomo I - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In: *Reforma do Judiciário*. Wambier, Teresa Arruda Alvim et. al.(org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 391-413.

MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional Português: a “fiscalização concreta”no quadro de um sistema misto de justiça constitucional. *Sub Judice*. v. 20/21, jan.-jun. 2001. Coimbra: Ideias. pp. 95-110.

_____. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 177-198.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOTTA FILHO, Cândido. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista Forense*. v. LXXXVI, ano XXXVIII, fascículo 455, maio 1941. Rio de Janeiro: Forense, 1941. pp. 41-68.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Civil Extravagante em Vigor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa). *Revista de Direito Administrativo*, v. 222, out.-dez. 2000. Rio de Janeiro: Renovar. pp. 143-178.

NOVARESE, Francesco. Illegittimità costituzionale derivata. *Rivista Trimestale di diritto pubblico – ano XX*. 1970. pp. 1166-1177.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A (in) efetividade da súmula vinculante. *Reforma do Judiciário*. Wambier, Teresa Arruda Alvim et. al.(Org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp 591-605.

PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PANUNZIO, Sergio P. *I Regolamenti della Corte Costituzionale*. Padova: Cedam. 1970.

PELAYO, Manuel Garcia. *Derecho Constitucional Comparado*. 6.ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1961.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos. *Revista do Processo*. v. 120, ano 30, fev. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. pp. 195-208.

POGLIESE, Marcelo Weick. O Estudo do Controle de Constitucionalidade sob a ótica do Direito Processual Coletivo Comum brasileiro. João Pessoa: *Revista Parahyba Judiciária*. v. IV, ano 2005. pp. 150-171.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A filosofia do controle de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88. *Revista de Informação Legislativa*. ano 36, n. 143, jul./set. 1999. Brasília, Senado Federal, 1999. pp. 297-323

RATZINGER, Joseph. O homem desceu até o fundo do poço, até a fonte de sua própria existência. A Cisma do Século 21. *Folha de São Paulo*. Caderno Mais! Domingo, 24 de abril de 2005, São Paulo. pp. 03-07.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REDENTI, Enrico. *Legittimità delle Leggi e Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1975.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Controle de Constitucionalidade dos actos normativos: instrumentos, processo e julgamento no ordenamento jurídico brasileiro. *Themis*, ano IV, n. 6. Lisboa: Faculdade de Direito da Nova Universidade de Lisboa. 2003. pp. 97-151.

RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*. n. 210. Rio de Janeiro, 1997. pp. 129-146.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

ROMBOLI, Roberto. *Il Giudizio Costituzionale Incidentale come Processo Senza Parti*. Milano: Giuffrè, 1985.

ROSENN, Keith. O controle de constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes. *Revista de Direito Administrativo*. v. 227, jan.-mar. 2002. Rio de Janeiro: Forense. pp.01-30.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. 5. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1998.

RUSSO, Eduardo Angel. *Teoría General del Derecho*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2001.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional – Tomo I*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I – nº 03. Salvador, junho de 2001. pp. 1-19.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei n° 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. pp. 85-108.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 375-414.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. A Súmula Vinculante – O contraditório e a ampla defesa. *Revista do Processo*. v. 120, ano 30, fev. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 68-76.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 7.ed. México: Nacional, 1966.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SCOOT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000.

SEGADO, Francisco Fernandez. La Jurisdicción Constitucional ante el siglo XXI – la quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, tomo XLI, Córdoba, 2002. pp. 35-81.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SOSA, Edgar Corzo. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermênutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Súmula no Direito Brasileiro – Eficácia, Poder e Função – A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996 – Um processo para o próximo século. *Revista do Processo*, v. 99, ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, André Ramos. Jurisprudência Constitucional norte-americana sobre igualdade e ações afirmativas: análise evolutiva e crítica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. v. 2, São Paulo: Método, jul.-dez. 2003. pp. 287-306.

_____. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*. RT 819, ano 93. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro de 2004. pp. 45-64.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TELLES, Miguel Galvão. A competência da competência do Tribunal Constitucional. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16 ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. Politização do Judiciário e a Judicialização da Política – A reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 33, out.-dez. 2000, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 68-78.

TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *O Supremo Tribunal Federal no Império e na República*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, n. 157, jan.-mar. 1981.

TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

ULLA, Juan Manuel López. *La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales S/A, 2000.

VALADÉS, Diego. Consideraciones sobre el Estado Constitucional, la ciência e la concentración del riqueza. *Cadernos de Soluções Constitucionais*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 48-69

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

VERDU, Pablo Lucas. Estado de Derecho y Justicia Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*. Nueva Epoca, n. 33, may-jun. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. pp. 20-39

_____. *La Constitución Abierta y sus Enemigos*. Madrid: Ediciones Beramar S. A., 1995.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 85-90.

WALD, Arnoldo. O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma Justiça rápida e eficiente. *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 7, dez. 1999. Brasília. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccvil_03/revista/Rev_07/just_rapida.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2005.

WARREN, Earl. Escola de todas as cores. *Sub Judice – Justiça e sociedade*. n 12, jan.-jun. 1998. Coimbra: Fundação Luso-americana, 1999. pp. 77-81.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. v. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*. 2.ed. v. 1, Nova York: Baker, Voorhis and Company, 1929.

WOLKMER, Antonio Carlos. Legitimidade e Legalidade: uma distinção necessária. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 124, out.-dez. 1994.

XIMENES, Julia Maurmann. A crise do Supremo Tribunal sob uma ótica democrática. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 12, n. 47., abr.-jun. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. pp. 267-283.

YTURBE, Corina. Constitución, Globalización y Ciudadanía. *Isonomía: Revista de Teoría e Filosofía del Derecho*. n. 12, abr. 2000. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. pp. 35-51.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário – Crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Ronald Dworkin`s principle based constitutionalism: an italian point of view. *Internacional Journal of Constitutional Law*. v. 1, n. 4, oct. 2003. NYU Law School, US. pp. 621-650.

ZARTH, Paulo Afonso et alii. *Os Caminhos da Exclusão Social*. Ijuí: UNIJUI, 1988.

ZOLLER, Élisabeth. Esplendores e misérias do constitucionalismo. *Sub Judice – Justiça e sociedade*. n. 12, jan.-jun. 1998. Coimbra: Fundação Luso-americana, 1999. pp. 03-15.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)