

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**SISTEMA MISTO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL:
AVANÇOS E ATUALIDADES DA PERSPECTIVA
BRASILEIRA**

GUSTAVO ANDRÉ GOMES

**RIO DE JANEIRO
2008**

GUSTAVO ANDRÉ GOMES

**SISTEMA MISTO DE CONTROLE CONSTITUCIONAL:
AVANÇOS E ATUALIDADES DA PERSPECTIVA BRASILEIRA**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. José Ribas Vieira

RIO DE JANEIRO

2008

Gomes, Gustavo André.

Sistema Misto de Controle Constitucional – Avanços e atualidades da
Perspectiva Brasileira. – 2008.

65 f.

Orientador: José Ribas Vieira.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de
Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 64 - 65.

1. Controle de Constitucionalidade - Monografias. 2. Sistema Misto de
Controle Constitucional. I. Vieira, José Ribas. II. Universidade Federal do Rio
de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito.
III. Título.

CDD 341.202

GUSTAVO ANDRÉ GOMES

TÍTULO DO TRABALHO: Sistema Misto de Controle Constitucional: avanços e atualidades da perspectiva brasileira

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

JOSÉ RIBAS VIEIRA – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. Da Faculdade Nacional de Direito – Orientador

2º Examinador

3º Examinador

Ao meu Deus. O Deus mais surpreendente que já vi.

A meu pai, pelo exemplo legado. Não sei se já cheguei à sombra de seu eterno modelo. E à minha mãe, por ser meu apoio firme, me levantando muitas vezes.

Ao mestre Ribas, o melhor orientador que já vi.

Ao meu amor. A melhor. A motivação. O oxigênio.

o primeiro homem – Adão – foi feito alma
vivente;
contudo, o último homem – Jesus – é Espírito
que vivifica.

Apóstolo Paulo

Errais por não conhecerdes as Escrituras – e
nem o poder de Deus.

Jesus Cristo

Sempre que se pretende estudar uma tese
tratada pelo (s) mestre (s), é difícil, quiçá
impossível, encontrar alguma faceta que tenha
sido desprezada. Ele (s) extraía (m) dos temas
todo o metal precioso, todo o veio luzidio e
brilhante, toda a matéria bela e útil, para deixar
ao alcance dos contemporâneos e dos pósteros,
apenas, a ganga bruta e áspera.

C. A. Lúcio Bittencourt

Who watches the Watchmen?

Alan Moore

RESUMO

GOMES, Gustavo André. Sistema Misto de Controle Constitucional: avanços e atualidades da perspectiva brasileira. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se as questões relevantes sobre o controle judicial de constitucionalidade pós-1988 e as recentes mudanças na postura do Supremo Tribunal Federal. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos do instituto da jurisdição constitucional no direito comparado – experiências da Inglaterra, França, Estados Unidos e Áustria. Na segunda parte é estudado o histórico brasileiro e a estrutura do sistema de controle implantado no país, sobretudo após a Constituição de 1988. A terceira parte dedica-se às inovações verificadas na atuação da Suprema Corte brasileira em sua atividade precípua de exercer a jurisdição constitucional. Analisaram-se também os efeitos concretos e possíveis nesta nova abordagem jurisdicional.

Palavras-Chave: Controle de constitucionalidade; sistema misto brasileiro; Supremo Tribunal Federal; inovações jurisprudenciais.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 HISTÓRICO E RACIOCÍNIO LÓGICO-JURÍDICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO | 13 |
| 2.1 Introdução ao capítulo | 13 |
| 2.2 O histórico e a conceituação da Constituição na Inglaterra e na França | 14 |
| 2.3 O modelo americano de controle | 18 |
| 2.4 O modelo ‘europeu’ de controle | 23 |
| 3 O HISTÓRICO E O SISTEMA DE CONTROLE DESENVOLVIDOS NO BRASIL | 30 |
| 3.1 Introdução ao capítulo | 30 |
| 3.2 O histórico do Controle nas Constituições brasileiras | 30 |
| 3.3 Breve análise do sistema misto brasileiro e de seus pontos de estrangulamento | 35 |
| 4 AS INOVAÇÕES NA SISTEMÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA CORTE | 45 |
| 4.1 Introdução ao capítulo | 45 |
| 4.2 As inovações | 45 |
| 5 CONCLUSÃO | 60 |
| REFERÊNCIAS | 64 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende analisar a sistemática de Controle de Constitucionalidade brasileira, desde suas origens histórico-normativas até chegar ao quadro desenhado pelo Constituinte de 1988. Intenta-se, também, vislumbrar o atual panorama e as perspectivas futuras que se desenharam no horizonte desta jurisdição essencial à vida jurídica do país.

Procurou-se inicialmente propor ao leitor uma exposição histórica do que veio a ser chamado de Controle de Constitucionalidade e do que vem a ser o seu conceito hoje. O primeiro capítulo trouxe, com esta finalidade, a experiência secular de duas das primeiras nações a se envolverem com o movimento constitucional – Inglaterra e França. Estudando a história do Estado em ambos os contextos, percebe-se que, a despeito da importância que o advento de uma Carta Máxima causou na estrutura política dos dois povos, não houve, por diversos motivos próprios, a atribuição do controle de constitucionalidade a um órgão distinto dos Poderes Políticos.

Após essa análise, adentramos na rica experiência dos Estados Unidos da América. Construído pela via jurisprudencial, o sistema de controle judicial da conformidade dos atos do Estado à Constituição encontrou fértil terreno naquela nação para desenvolver-se. A sistemática ali elaborada, classificada como via difuso de controle – exercitável por qualquer órgão judicial – foi o modelo primeiramente adotado no Brasil, por meio da Constituição republicana de 1891.

Passando esta parte, avançamos para averiguar os estudos de Hans Kelsen acerca do modelo por ele desenvolvido na estruturação de um sistema de controle judicial concentrado. Tal modelo foi, posteriormente, introduzido na experiência constitucional brasileira por meio da ação genérica de inconstitucionalidade, nos idos de 1965, pela Emenda Constitucional de 16.

É importante a dissecação do *raciocínio* por trás de cada uma das muitas vertentes pelas quais se encara o tema, já que tal competência é, em certo sentido, o poder final e máximo dentro de uma nação. Isso poderá implicar numa construção de um verdadeiro Estado ‘de Direito’, disseminando e implantando a justiça e o direito nos diversos âmbitos da sociedade. Ou poderá resultar em enrijecimento social, usurpação de poder e até mesmo corrupção, se for mal gerido. Esta faculdade, de ‘vida’ ou de ‘morte’ para uma nação

juridicamente organizada, é que foi alvo de diversas disputas de nível jurídico, político e filosófico na Teoria do Estado e na disciplina Constitucional.

Iniciamos o segundo capítulo abordando o histórico e a evolução progressiva da matéria no ordenamento pátrio. Percebendo a ausência de controle constitucional judicial na Carta de 1824, sob o regime do império, vislumbrou-se a positivação constitucional do instituto no texto republicano de 1891, conferindo legitimidade aos órgãos judiciais para desconsiderarem leis incompatíveis com a Constituição na prestação de sua atividade. A regra foi sendo reproduzida e aperfeiçoada gradualmente nas Constituições seguintes, e recebendo acréscimos até a implantação de um sistema de controle objetivo, como já mencionado, pela Emenda 16 de 1965.

Chegamos, depois disso, à novel Constituição de 1988. Procuramos aqui demonstrar a grande evolução percebida pela jurisdição constitucional através de grandes ampliações democráticas do acesso à Suprema Corte. É sensível o fortalecimento do sistema objetivo e direto de controle de constitucionalidade. Foram analisadas as diversas inovações trazidas no texto original da Carta. Posteriormente, analisamos também as inovações introduzidas pelo constituinte derivado, pela legislação ordinária e pelo posicionamento do STF.

Atravessada esta colocação do pano de fundo histórico e doutrinário, passamos a analisar certos pontos de estrangulamento que começaram a surgir na sistemática constitucional, tanto no âmbito processual quanto no âmbito material das decisões do Supremo. A partir daí, voltamos as atenções às recentes mudanças de posicionamento por parte do Estado e, mais especificamente, do Supremo, procurando demonstrar por quais vias a Corte tem tentado racionalizar seu trabalho e transformar a jurisdição constitucional brasileira em uma função prevaiente e de destaque no contexto da atuação estatal na defesa da ordem e na promoção do desenvolvimento.

É o caso da nova postura do Supremo face a questões como: a busca por conferir efeitos objetivos e *erga omnes* a sentenças de elevado relevo social no âmbito do controle difuso; a procura cada vez maior por uma alta legitimação argumentativa em face do Estado e da sociedade; a modulação de efeitos temporais das decisões; as sentenças de perfil aditivo; e a judicialização do ‘estado de risco’.

Esta abordagem se mostrou assaz proveitosa, conduzindo-nos à terminação desta pesquisa. Procuramos analisar o que hoje se vê nesta seara, comparando com o pano de fundo histórico doutrinário que nos fundamenta o atual sistema, e intentamos perceber, com base

nos presentes ideais de nossa sociedade, o que significa e o que se espera do posicionamento do Supremo Tribunal Federal face à sua competência para a Jurisdição Constitucional. Concluindo, pudemos afirmar que os resultados buscados com essa atuação pró-ativa já está produzindo seus efeitos. As decisões da Corte tem ganhado cada vez mais relevo, e até por isso mesmo, causas de complexidade cada vez maior lhe têm sido apresentadas. Enquanto se discute ainda a legitimação da Corte para adotar certas medidas, a sociedade já tem confiado a ela suas questões mais elementares.

Assim, procuramos, com este estudo, delinear as perspectivas da jurisdição constitucional no Brasil: suas potencialidades, seus objetivos e o que de concreto se tem experimentado no horizonte nacional acerca da proteção que uma Corte Suprema pode conferir a um Estado que ainda precisa crescer juridicamente. E o que se pode esperar destas perspectivas.

O sistema de tutela constitucional brasileiro é peculiar em diversos aspectos, sobretudo na pluralidade de instrumentos jurídicos para se alcançar o pronunciamento de nossa Corte Constitucional. Temos armas disponíveis a qualquer sujeito de direito dentro de uma lide concreta, o qual poderá recorrer à Corte para que o tutele de violações inconstitucionais por parte de uma lei, de um ato do Executivo, de uma decisão judicial ou mesmo de um particular – é o caso do Recurso Extraordinário.

Temos ainda a possibilidade de órgãos representativos de diversas coletividades procurarem aquele Tribunal para haverem dele o seu parecer – vinculante, na verdade – acerca de um ato do Estado que os fira. É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIo), e da própria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Tais dispositivos, e diversos outros que serão mencionados nesta pesquisa, mostram uma forte, um tanto velada, mas presente e constante pró-atividade jurídica refletindo uma preocupação na manutenção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito que vimos germinar incipiente desde o século passado, florescer lentamente após as duas Guerras Mundiais e que, após o fim da ditadura e da Guerra Fria, neste quadro contemporâneo, promete frutificar. Um espírito atento aos direitos humanos fundamentais, à igualdade e ao estímulo do crescimento e dos subsídios, tanto do indivíduo como do Estado como um todo. Um espírito atento à valorização dos princípios do direito acima das normas.

A Constituição é um texto que, segundo nossa moderna compreensão, traz – muito mais que regras políticas sobre as relações entre os poderes do Estado – as diretivas acerca dos valores basilares desta sociedade, deste Poder Constituinte mediato, e visando à construção de uma realidade nacional que certamente foi o desejo íntimo, ainda que difuso, desta sociedade. Com esta designação, tal Carta, composta na mais das vezes por princípios e normas que não conseguem se auto-aplicar, deve ser resguardada. E neste resguardar, nesta tutela, muitas vezes é necessária uma atividade criativa, elaborativa, pró-ativa. Pois, a rigor, o que se está tutelando não é um livro, um compilado físico e místico, nem mesmo um mero texto. O que se está tutelando é aquele desejo de se ver uma sociedade almejada, sonhada, planejada, sendo concretizado. É uma tutela da nação.

Neste contexto, esta monografia pretenderá também, em seu bojo, mencionar a interação e a coexistência entre o controle difuso de constitucionalidade e o controle concreto no Estado Constitucional brasileiro; sobretudo em face de atual abordagem da jurisprudência e da doutrina constitucional, que põem em xeque a intensidade de tal dicotomia.

Nesse afã, não se pretende de forma alguma exaurir o tema, mas trazer à discussão as prováveis causas e os possíveis efeitos da flexibilização conceitual que vem sendo a ele aplicada.

A importância deste estudo é pulsante, visto que esta nova postura vem sendo adotada no contexto maior de recentes alterações legais e até mesmo constitucionais direcionadas – à primeira vista – a uma redução do acesso à jurisdição constitucional. Em um país em desenvolvimento econômico, social e jurídico, os conflitos de interesse se multiplicam e as violações a direitos constitucionais necessitam de adequada tutela e apreciação.

O já evidente crescimento da comunidade de juristas do país, a criação e regulamentação de procedimentos mais céleres, mais acessíveis e menos custosos, como os juizados especiais, o aumento da oferta de crédito, com a conseqüente intensificação das relações jurídicas comerciais e consumeristas, dentre outros motivos, têm contribuído para o aumento da litigiosidade que já caracteriza o judiciário como um todo pela acumulação de processos. Some-se a tudo isso a crescente previsão e proteção de direitos tidos como fundamentais, a partir da Constituição democrática de 1988 e suas sucessivas Emendas. Neste quadro é que a relação entre o Estado e a sociedade em torno da prestação da *Jurisdição* evoluiu em dois sentidos antagônicos: uma teórica busca por uma tutela de direitos cada vez mais profunda e concreta, consubstanciando em diversas regras o princípio do acesso efetivo à justiça (e não apenas ao judiciário), e, por outro lado, um enrijecimento da engrenagem

judiciária, sobretudo no tocante a recursos, procurando filtrar a enorme quantidade de demandas que tentam chegar à apreciação dos órgãos de cúpula.

O posicionamento do Supremo neste momento de definições é essencial por encaminhar todo o judiciário brasileiro após ele, sobretudo em matéria de proteção aos direitos constitucionais do indivíduo e do Estado Brasileiro. E o que se pôde concluir nesta pesquisa foi justamente isso: procurando sair de uma visão tradicional onde se concebe o acesso à justiça como a abertura ao demandismo recursal desenfreado, o STF buscou outra forma de infundir a justiça no seio social: a reformulação das causas subjetivas de massa num formato de feições mais objetivas, visando dar maior qualidade, celeridade e economia processual a esses tipos de causas.

A exemplo das modificações aqui referidas, listam-se as reformas inseridas pela Emenda à Constituição nº 45, de 30 de dezembro de 2004, como a instituição da súmula vinculante (art. 103-A), a introdução da necessidade de se comprovar uma ‘repercussão geral’ do ponto alegado como inconstitucional na propositura de um Recurso Extraordinário (novo § 3º do art. 102 e sua regulamentação introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006), dentre outras.

A metodologia utilizada inicia-se com a pesquisa bibliográfica dos estudos clássicos sobre o histórico da jurisdição constitucional no direito comparado. Posteriormente, utiliza-se bibliografia contemporânea para abordar a estrutura e os problemas da atualidade. Pretende-se, posteriormente, lançar mão da coleta de dados angariados em matérias jornalísticas e pronunciamentos orais de estudiosos da matéria, conferindo caráter empírico à conclusão da pesquisa, conclusão esta comparada à teia conceitual tecida previamente com o estudo dos clássicos. Utilizou-se também de perquirições nos textos legais e nos repertórios de jurisprudência, com fim de captar as interferências entre essas duas manifestações estatais e os elementos estudados nesta monografia. Inicialmente, assim deu-se à monografia o enfoque preponderantemente sobre o raciocínio teórico-conceitual do tema, passando-se, afinal, ao estudo de casos relacionados às inovações pesquisadas. Conquanto utilizando dados quantitativos, a intenção final é priorizar o aspecto qualitativo dos temas em discussão.

2 HISTÓRICO E RACIOCÍNIO LÓGICO-JURÍDICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Sumário: 2.1. Introdução ao capítulo. 2.2. O histórico e a conceituação da Constituição na Inglaterra e na França. 2.3. O modelo americano de controle. 2.4. O modelo ‘europeu’ de controle.

2.1 Introdução ao capítulo

Para iniciar esta monografia e a construção da linha de raciocínio, é necessário procurar demonstrar, de forma concisa, ainda que buscando a clareza e a abrangência devidas, o histórico do conceito de Controle de Constitucionalidade e de Jurisdição Constitucional, trazendo as experiências mais importantes do Direito Comparado que formaram a base do conceito introduzido no Brasil.

Intentar-se-á, com isso, lançar os fundamentos do raciocínio jurídico estrutural de cada um dos ordenamentos aqui apresentados, com o fim de se fazer um apanhado geral das teorias de proteção das normas e diretrizes constitucionais. Tais teorias, posteriormente, inspiraram, em maior ou menor grau, os juristas brasileiros nesta busca por tornar efetiva a autoridade do *Magno texto*.

Antes do histórico, no entanto, cabe uma digressão conceitual.

O termo jurisdição advém do latim, *iuris dicere* – o dizer, o pronunciamento, do direito. Por jurisdição constitucional, entende-se a jurisdição (a atividade do Estado ao dizer o direito) acerca de matéria constitucional. Constituição, em nosso sistema jurídico, é a norma fundamental do Estado, a norma acima das outras e que as regula. Na maioria dos Estados organizados atualmente, o sistema jurídico é composto por instrumentos normativos advindos do legislativo e do executivo, em nível comum, e por uma Constituição, um conjunto de normas consideradas fundamentais, postas num nível mais alto e mais preservado, que se presta a orientar toda a política normativa da nação. Tal Constituição precisa de institutos e instituições destinados à sua preservação de violações práticas no dia-a-dia social, seja por criações legislativas, seja por atos públicos ou particulares. A isso se chama o controle de

constitucionalidade: o controle exercido pelo Estado acerca da adequação de determinada questão à Constituição.

Cabe observar, no entanto, que esta expressão ‘jurisdição constitucional’, apesar de usada de forma intercambiável com o termo ‘controle de constitucionalidade’, não é um sinônimo da mesma. Como exposto, jurisdição é a atividade de dizer o direito exercida pelo judiciário. E jurisdição constitucional é aquela na qual uma norma constitucional serve de base (direta, auto-aplicável, ainda que como princípio) para o pronunciamento acerca do direito. Já o controle de constitucionalidade se refere a outro prisma: a utilização, também pelo judiciário, da Constituição como valor de referência para comparar “lei ou ato normativo”¹ que, a despeito dela, queira se impor à sociedade. Ambos serão utilizados ao longo da monografia, tanto pelo fato de, na doutrina comum, muito se confundirem, quanto pelo fato de que aqui se procurará tratar de ambos os assuntos.

Em cada sistema jurídico se estabeleceu uma forma diferente de exercer o controle da constitucionalidade dos atos. Os dois sistemas basilares nas sociedades modernas são o norte-americano e o europeu (austríaco), acerca dos quais se fará uma necessária explanação em momento oportuno, mais à frente. Por ora, será abordado um pano de fundo que serviu de contexto para a formação de tais teorias – a experiência política da Inglaterra e da França. Ambos os países não se utilizam de um sistema judicial de controle dos atos do Estado frente à Constituição. Não obstante, é de fundamental importância sua observação para compreensão da necessidade deste controle em países à semelhança do Brasil. Passemos à análise.

2.2 O histórico e a conceituação da Constituição na Inglaterra e na França

É na experiência inglesa que se deve iniciar uma perquirição pelo papel que exerce uma Constituição. Bastante diferente dos modelos considerados padrão hoje em dia, o fenômeno constitucional inglês iniciou-se com o que é considerado o protótipo das Constituições escritas, a *Magna Carta*, surgida em 1215, a qual trazia princípios estruturais que deveriam ser seguidos pelo Rei e por todos na Inglaterra. Além do texto ali contido (do qual se aplicam, hoje em dia, apenas poucos artigos), consideram-se parte da constituição

¹ Na expressão do art. 102 I ‘a’ da CFRB de 1988

inglesa também os costumes alicerçados no seio daquela sociedade; por isso ela é classificada como ‘não escrita’.

Apesar de esta ‘Constituição’ ser historicamente enraizada, basilar e intrínseca à natureza e à cultura do povo inglês, e até mesmo por causa disso, tal povo não desenvolveu grandiosas proteções contra violações de seus preceitos. Por seu desenvolvimento histórico, passaram a considerar a atividade do parlamento irrestingível e não sujeita a controle algum. Os ingleses ou não crêem que o parlamento violará tais normas elementares, por ter sido por eles composto pela via eletiva; ou consideram que, se o fizerem, o farão como expressão da vontade do povo, da vontade deles próprios. Não seria, assim, questionável essa criação legislativa. Assim, como muito bem exposto por Orlando Bitar:

Na Inglaterra, a lei é soberana porque *o Parlamento que a emite é soberano*. Não há recurso a arquiteturas doutrinárias complexas e torcionárias. Os ingleses tolerariam com a maior fleugma o ato mais absurdo do Parlamento, e Blackstone, nos seus ‘Comentários’, já dissera estar o Parlamento investido de um poder absoluto e despótico: podia alterar a ordem da sucessão ao trono, como realmente o fez sob os reinos de Henrique VIII e Guilherme III; podia modificar a religião, como efetivamente o fez sob o reino de Henrique VII e seus três filhos.²

Mas é interessante notar que o sistema da *common law* é classicamente conhecido por expressar-se nos seus julgados e nas suas jurisprudências. Realmente assim o é, e nisso se distingue do conceito francês que será abordado mais adiante. É que o judiciário inglês, apesar de conferir ao legislativo, juntamente com toda a sociedade, um poder absoluto³, se coaduna com ele na formação do *direito*. Historicamente, tanto o judiciário como o legislativo travaram um combate constante com o executivo personificado no Rei, para que não se consolidasse um poder absoluto nas mãos deste. Assim, ambos são poderes de prestígio no Estado inglês, mas, de acordo com idéia do próprio Bitar, aferida em seus estudos sobre o âmago daquele sistema, lhe parece que o judiciário não se sentiu precisado de *vindicar* poderes ou títulos. E o legislativo, em certa harmonia estabelecida, não o feriu nesta posição⁴.

Como se vê, o legislativo goza de um poder quase absoluto no estado inglês, mas as leis criadas, ao contrário das leis de França, em regra trazem orientações e diretivas, mais do que ordens e comandos. Assim, abre brecha à atividade judiciária de completar o direito com

² BITAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bitar: estudos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1996, p. 470-471.

³ Dicey, referindo este poder como uma verdadeira soberania ou despotismo, chega a chamá-lo “the King in Parliament”.

⁴ Surpreendente a expressão de Bitar, elucidando que “a *common law* inglesa é um produto da aliança entre os dois poderes contra o arbítrio da Realeza, aliança que a Judicatura não denunciou até o presente, reconhecendo credenciais ilimitadas na outra parte”. Op. cit. p. 455.

suas jurisprudências. Não se nega, nem pelo próprio judiciário, que, discordando o Parlamento de alguma jurisprudência por aquela construída, pode livremente criar lei dispositiva sobre o assunto, tratando-o contrariamente àquela posição adotada por um precedente judicial. Mas parece que se consolidou uma harmonia entre ambos de forma que, se o fizer, será aceito fluentemente. Como se o judiciário reconhecesse que lhe foi dado poder de completar o direito, mas que, por não ter sido eleito pelo povo, não pode substituir a atividade do Parlamento, que seria a tradução da vontade do povo inglês.⁵

Na experiência francesa, a relação entre os poderes se consolidou de outra forma. Já no *ancien régime*, havia a distinção entre as leis fundamentais, ou leis *do reino*, e as leis ordinárias, ou leis *do rei*. Aquelas eram princípios gerais a que o príncipe se comprometeu em acatar para exercer sua atividade, enquanto estas eram as leis comuns por ele editadas. Aquelas só poderiam ser alteradas pelos chamados Estados Gerais, assembléias organizadas como representatividades populares. Consideravam-se normas consuetudinárias que, desde tempos remotos, estavam presentes quando fora concedida a responsabilidade de governo do país a uma família – a real – sob determinadas condições. Já as leis do rei eram livremente por ele editadas ou alteradas, pois dele emanaria toda justiça, a qual era atribuída aos tribunais com reservas.⁶

No entanto, apesar deste histórico de existência de normas basilares paralelas às leis ordinárias, e que reivindicam respeito e preservação, não foi ao judiciário que a nação francesa confiou tal guarda.

Saindo de um estado de revolta contra uma monarquia absolutista, o povo francês concentrou os olhos na Assembléia, o órgão que, por eleição e pelo mandato temporário, ao contrário do real, o representaria de forma precisa e submissa. Com a possibilidade de não renovar o mandato dos representantes, idéia fascinante se comparada ao domínio do monarca, consideraram a Assembléia do Legislativo o órgão representativo por excelência e ao qual deveria se confiar toda a expressão da soberania do Estado. E, assim como antes, o judiciário, como órgão técnico que era, não eletivo, era participante da disseminação da justiça *com reservas*. Seria apenas a boca da lei, o aplicador daquilo que a Assembléia determinou como sendo *o direito*, consubstanciado na *lei*.

⁵ Nas palavras do *Justice Willis*, *apud* BITAR, op. cit., p. 454: “I would observe, as to those acts Parliament, that they are the law of this land; and we not sit here as a court of appeal from parliament... we sit here as servants of the Queen and the Legislature. Are we to act as regents over what is done by Parliament, with the consent of the Queen, Lords and Commons? I deny that any such authority exists. If an act of Parliament has been obtained improperly, it is for the legislature to correct it by repealing it; but so long as it existis as law, the courts are bound to obey it”.

⁶ BITAR, Orlando. Op. cit. p. 455.

Desta forma, vemos um controle de constitucionalidade real exercido na França, mas – e aí está sua grande peculiaridade – em nenhum momento pelo judiciário, e sim pelo próprio legislativo por provocação de legitimados, todos políticos⁷. E, além disso, encontra-se ali um controle estruturalmente *prévio* da constitucionalidade dos projetos de lei que estão em trâmite, passando estes, antes de publicados, por um criterioso exame pelo Conselho Constitucional, órgão político composto por escolha do Presidente e do Parlamento. Após sua publicação, no entanto, se tornam *leis*, a expressão mística, nas palavras de Bitar, da soberania do povo.

Destarte, comparando os dois sistemas, encontra-se expressão singularmente coincidente entre ambos, mas com significado expressivamente distinto: na Inglaterra se vê o que chamam de *rule of law*, e na França, o que se denomina *règne de la loi*. Este expressa o reinado da própria lei, do texto emanado pelo legislativo e ao qual os tribunais devem obediência intrínseca à própria função: eles devem obedecer à lei aplicando-a, e, havendo contradição com outra, integrá-las de acordo com as regras previstas. Havendo contradição com a Constituição, deve-se presumi-la sanada, pois foi editada a lei de forma válida pelo órgão constituído para isto. O único ‘recurso’ dos tribunais – e isso atesta sua debilitação sistêmica – é suscitar ao legislativo que *interprete* para ele como se deve encarar uma lei num conflito de normas.

Desde 1667 já se proibia aos juízes, na França, a interpretação livre dos textos legais. O juiz era apenas o pronunciador da lei, e o monarca, que a confeccionara, era o único habilitado a interpretá-la (*référé au législateur*). Quanto a isso, a Revolução nada alterou, substituindo apenas a figura do monarca pela soberania do legislativo. Em 1790 instaurou-se o *référé facultatif*, em que se induzia aos tribunais a consulta ao legislativo quando houvesse necessidade de interpretação de uma lei. No mesmo ano criou-se a *référé nécessaire*, uma consulta ao poder legislativo em caso de divergência jurisprudencial. Assim se prorrogava a já conhecida tradição francesa, refratária ao poder do judiciário.⁸

Retomando aquela estranha e curiosa coincidência terminológica – entre *rule of law* e *règne de la loi* – percebe-se na experiência inglesa uma nota distintiva basilar: é que, na língua e na experiência daquele povo, ao usar aquela expressão, melhor se nos traduziria como reino, ou domínio, do *direito*, ao invés do mero *reino da lei*. Se inclui, no âmago da expressão e do próprio sistema da *common law*, a interferência do judiciário na criação dos

⁷ A Constituição francesa, no art. 61, informa que a lei deve ser submetida ao *Conseil Constitutionnel* para exame pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.

⁸ Sobre o assunto, ver a magistral introdução de Sérgio Sérulo da Cunha à edição brasileira do livro *Jurisdição Constitucional*. In KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

precedentes e da jurisprudência, palavra que na França cogitou-se a possibilidade de sua subtração ao vocabulário.⁹

Disso se conclui que, seja na Inglaterra, seja na França, a *lei*, ou melhor, *o legislativo*, detém a posição central na política de instauração do Estado de Direito, a despeito de uma ou outra nuance que lhe sobrepeça absurdos. Veremos que o Controle de Constitucionalidade típico, aquele que relacionam à expressão *jurisdição* constitucional, surgiu, como se pressupõe, em outras bases. Bases que solicitam uma visão de Constituição Rígida e na qual o legislativo é posto em xeque por determinados motivos.

2.3 O modelo americano de controle

O sistema de Controle de Constitucionalidade, ao qual podemos chamar com razão de *jurisdição constitucional*, foi preliminarmente germinado na incipiente república americana. O *judicial review*, como é chamado, foi baseado na possibilidade de qualquer órgão judicial poder julgar, dentro de uma causa concreta, a constitucionalidade de alguma lei ou ato do governo. Assim, todo o judiciário teria autoridade para, dentro de determinada causa, negar aplicação a uma lei, o que era conceitualmente ofensivo à forma como um Estado Constitucional europeu apreciaria o assunto. Importa reiterar que, no sistema americano, a decisão de um órgão judicial não especializado sobre matéria constitucional valia apenas para o caso em concreto no qual foi emitida. Para dar a ela efeito vinculante e aplicabilidade *erga omnes* (a chamada *stare decisis* no sistema da *common law*), se fazia necessário o pronunciamento da Suprema Corte sobre o assunto, o que era feito quando de recursos constitucionais que levavam o caso à análise daquele Tribunal.

A rigor, o controle de constitucionalidade não foi devidamente regulado pelo Poder Constituinte americano. Os textos constitucionais que serviram de pano de fundo para se inferir a atribuição do mesmo ao judiciário estão dispostos em dois trechos, que, em tradução livre, enunciam que “o Poder Judicial se estenderá a todos os casos (...) que surgirem sob esta Constituição” e que “a Constituição e as leis dos Estados Unidos feitas em obediência a ela

⁹ No mesmo texto de Sérgio Sérulo, ele menciona que “Robespierre sustentou que o vocábulo ‘jurisprudência’ deveria ser banido da língua francesa: ‘Num Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência dos tribunais não pode ser outra coisa senão a própria lei’”.

(...) constituirão a suprema lei do país”¹⁰. Toda a estrutura e os conceitos se formaram por construção doutrinária e jurisprudencial, manifestando-se de forma visível pela primeira vez por meio da exposição do *chief justice* Marshall no famoso caso *Marbury v. Madison*. De acordo com o próprio Marshall¹¹:

Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.¹²

Se faz necessário expor, ainda que de forma sucinta, o histórico da decisão. No fim do mandato presidencial de John Adams (1801), federalista e que contava com maioria de seu partido no Congresso, este se viu derrotado pelo republicano Thomas Jefferson e por um corpo legislativo também daquele partido. Para preservar a influência política de seu partido, apelou para o judiciário, aprovando no apagar das luzes uma lei, criando cargos para juízes que seriam preenchidos por aliados seus. Por haverem as solenidades se cumprido na véspera do término do mandato, não houve tempo hábil para a entrega dos atos de investidura e, ao tomar posse, Jefferson, por meio de seu Secretário de Estado James Madison, vetou a nomeação dos juízes restantes.

Um deles, William Marbury, ingressou com uma ação judicial (*writ of mandamus*) perante a Suprema Corte, pleiteando seu direito à posse e alegando, processualmente, a competência originária da Corte para aquele rito de acordo com uma lei de 1789. O caso foi julgado em 1803 por Marshall, o qual, apesar de politicamente envolvido com o caso e objetivamente interessado na vitória de Marbury¹³, concluiu pela inconstitucionalidade daquela lei em face da Constituição, a qual não previa dentre as competências originárias da Corte aquele rito. Assim, dentro de um caso relativamente simples, o Direito Constitucional recebeu uma marca indelével de reivindicação do judiciário.¹⁴

¹⁰ Respectivamente: art. III Seção 2 e art. IV da Constituição dos Estados Unidos da América.

¹¹ A rigor, o raciocínio já era ventilado pela doutrina e por jurisprudências estaduais, como o demonstra, BARROSO, Luís Roberto, *in Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, 2008.

¹² Citado na obra de Bittencourt, o qual atribui a tradução a Rui Barbosa. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Brasília : Ministério da Justiça, 1997, p. 13.

¹³ Marshall foi o Secretário de Estado de Adams, foi por este indicado *chief justice* no mesmo contexto de Marbury, e mais – pessoalmente, elaborou junto com Adams os documentos para a posse dos juízes, dentre os quais Marbury.

¹⁴ Sobre o tema, Barroso o expõe de forma clara e minuciosa na obra citada.

Cabe salientar que o Presidente, juntamente com o Congresso, poderiam tentar questionar as afirmações de Marshall acerca de sua auto-vindicação para uma competência de tão alta monta. Afinal, se um mero *writ* não era de competência da Corte pelo simples fato de não estar listado no rol da Constituição, que alegações poderiam conferir legitimidade à competência auto-invocada pela Corte sobre algo muito mais poderoso – julgar a constitucionalidade das leis? Mas, para bem ou para mal, o caso favorecia o governo, e, por isso, não se suscitou a questão. Durante todo o período em que Marshall esteve à frente da Suprema Corte como *chief justice*, exerceu esta prerrogativa de apreciar a constitucionalidade dos atos de outros poderes. No entanto, só cinquenta e quatro anos mais tarde, em 1857, foi que se declarou pela segunda vez uma lei inconstitucional, em *Dred Scott v. Sandford*.

Assim, a lógica do sistema americano se estrutura na análise fundamental da comparação entre leis de hierarquia distinta. Se num caso se mostram cabíveis duas leis distintas, uma mais antiga e outra mais recente, aplicar-se-á a mais recente, conforme o princípio de que a lei mais recente derroga a anterior – ‘*lex posterior derogat priori*’. Da mesma forma, se uma lei é mais geral do que a outra, priorizar-se-á a mais específica. E, pela mesma linha de raciocínio, uma lei de hierarquia inferior deverá ser preterida por uma superior – que é justamente o caso da Constituição. Foi dessa forma que o judiciário vindicou sua autoridade de alegar a inconstitucionalidade das leis desde o menor órgão judicial até a Suprema Corte.¹⁵

Como, no entanto, tal prerrogativa não se encontra claramente positivada na Constituição daquela nação, desde os tempos de Marshall até os dias de hoje tal Jurisdição é sempre posta em xeque. Isto acaba por mostrar-se interessante para a qualidade desta atividade, na medida em que põe o judiciário sempre na berlinda da legitimidade para atuar como intérprete da Constituição, fazendo com que, em tal atuação, ele sempre busque justificar-se e submeter ao crivo da sociedade a sua posição.

No Brasil, mesmo com o fato de esta competência estar positivada, o Supremo Tribunal Federal vem adotando posicionamentos para os quais a legitimidade não está clara no texto da Constituição. É o caso das sentenças de perfil aditivo, e da modulação de efeitos temporais da sentença, dois conceitos que veremos mais à frente. Neste momento ele passa por confrontações semelhantes às da Suprema Corte.

¹⁵ Não se pode deixar de citar a elucidante exposição de Barroso: ‘a lógica do *judicial review*, conquanto engenhosa em sua concepção, é de enunciação singela: se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais, portanto, diante da situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente’. Op. cit. p. 44.

Tal questão foi bem explicitada por Alexander Bickel, denominada por ele como dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*)¹⁶, segundo a qual um órgão não eletivo não deveria ter o poder e a competência para invalidar decisões de órgãos legitimados pela eletividade. Por sua vez, isso é refutado por outros autores que advogam que a Corte, ao invocar a Constituição, está se submetendo a dispositivos os quais, estes sim, foram aprovados por diversas maiorias, representadas pelos corpos legislativos que promulgaram, ratificaram e, posteriormente, emendaram a Constituição. E que, por diversos motivos, tais dispositivos foram estabelecidos como superiores às leis ordinárias.¹⁷ Nas recentes decisões do Supremo brasileiro, esta problemática se apresenta num foco mais específico: a questão da inconstitucionalidade da omissão do Legislador, e o suprimento da falta normativa por parte da própria Corte. Isso é o que tem sido chamado de sentença de perfil aditivo, que, como dito acima, trataremos em momento próprio, mais à frente.

Outro problema intrínseco a este sistema é o de que, estando todas as vias de recurso exauridas dentro do próprio judiciário e nas mãos da própria Suprema Corte em sua atividade de analisar a constitucionalidade, quando ocorrer a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, não sobra caminho para uma revisão por parte de um órgão democrático. Como se vê, esta, na verdade, é a lâmina do sistema, seu ponto forte e seu ponto fraco. Tal constatação já foi amargada pela sociedade americana algumas vezes.

Para exemplificar, cita-se o caso *Hammer v. Dagenhart*, cuja decisão da Suprema Corte foi contra uma lei que proibia o trabalho infantil, amplamente aceita por diversas camadas da sociedade, inclusive os dois principais partidos do Congresso. A inconstitucionalidade se baseou, fundamentalmente, em aspectos processuais e de competência. Cogitou-se a idéia de se realizar uma Emenda à Constituição, para o que não houve *quorum* suficiente. Décadas depois, a própria Corte mudou sua opinião, não tendo sido necessária a Emenda¹⁸.

Outro caso é o já referido *Dred Scott v. Sandford*¹⁹. Nesta decisão, a Corte firmou entendimento de que o Congresso exorbitara sua competência ao abolir a escravatura em

¹⁶ BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch**, 1986, p. 16 e s., *apud* BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 53.

¹⁷ Tese exposta por Bruce Ackerman, professor de Yale, em **Yale Law Journal**, 93:1013, 1984, p. 1023 e 1049, *apud* BARROSO, op. Cit., p. 53.

¹⁸ GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. Princeton, Princeton University Press, 1957, p. 88. A explanação é feita num capítulo dedicado a analisar a relação entre a atuação Jurisdicional da Corte e os elementos políticos que a cercam. Mais à frente o assunto voltará a ser abordado, ao estudarmos o Supremo Tribunal no Brasil. De qualquer forma, se vislumbrou a problemática de uma Corte não pró-ativa, que, ao invés de buscar desenvolver os anéis intrínsecos que, com certeza, podemos afirmar que já constavam na Carta Americana, acerca de ampliação dos Direitos Humanos, limitou-os por uma razão procedimental de competência.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 10.

certos pontos do país. Isso só foi contornado pelas Emendas 13 e 14, realizadas após a Guerra Civil.

Passando ao estudo do pano de fundo histórico que fundamentou o regime germinado nos Estados Unidos, observa-se que este experimentou situações bastante diferentes da Europa. Por ter surgido de uma revolta contra sua Metrópole europeia, aquela república sentira o peso de um Parlamento sobre o qual não exerciam controle – o inglês. Ademais, por estarem se constituindo sobre as bases de várias colônias individuais, as quais renunciavam à sua autonomia em favor de uma ‘União’ (nos amplos sentidos que se conotaram à palavra), se fazia necessário resguardar o resquício de individualidade de cada uma das pequenas treze colônias em face do coletivo desconhecido. Assim inspirados, a nação americana encarou sob um peculiar ponto de vista a relação entre os poderes do Estado e a forma como deveriam ser-lhes sopesadas as forças. Realmente viam no Poder Legislativo Federal a expressão da democracia e da coletividade, mas temiam o que posteriormente foi definido como o ‘poder das maiorias’. Acerca disso, Clark Hare, insigne jurista americano, explana que os fundadores do governo federal, incorporando cláusulas da pátria mãe à Constituição, usaram-nas como freio tanto “à legislatura como ao Executivo, e não permitindo que a própria maioria do povo possa alterá-la, a não se unirem nela três quartas partes do número dos Estados”²⁰. Rui Barbosa discorre sobre o texto, ao falar sobre o histórico americano:

Notai bem: a democracia americana não se contenta de premunir-se contra seus representantes: premune-se contra si mesma; abriga o povo contra as legislaturas infieis; abriga a nação contra as maiorias populares. É o transunto prático, a realização política desses ideais [...] do indivíduo escudado contra a multidão, das minorias protegidas contra as maiorias [...]. [...] Assim como acima da função legislativa está a soberania popular, acima da soberania popular estão os direitos da liberdade.²¹

Assim, no conceito americano de liberdade democrática, quis-se garantir que os direitos fundamentais do indivíduo e das minorias fossem resguardados dos atos das próprias maiorias, que em arroubos impetuosos poderiam violá-los. Tal potencial não foi considerado justo, ainda que fossem maioria. E, sob o título desta ‘minorias’, procurou-se proteger também, justamente, as minorias estaduais e suas individualidades da grande força que teria a União.

Atribuiu-se a prudência coletiva aos textos constitucionais friamente pensados e elaborados, e a partir daí se passou a exigir que só uma maioria qualificada pudesse considerar alguma alteração. E para garantir tal medida, nada mais eficaz que reconhecer para

²⁰ HARE, Clark. **American constitutional law**. Boston, 1889, vol. 1, p. 122, *apud* BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2ª ed. Campinas : Russel Editores, 2004, p. 32.

²¹ BARBOSA, Rui. Op. cit. p. 33.

o judiciário, estadual ou federal, monocrático ou em órgão coletivo, o poder de negar aplicação a um ato legislativo ou executivo federal comparando-o com a Constituição, o Contrato Social que os estados fizeram entre si e com o órgão administrativo central, a União Federal.

Reiterando toda esta explanação, Robert Neumann elucidou que “o que caracteriza a democracia americana não é propriamente a intervenção do povo na feitura das leis, mas sim o respeito a certos direitos fundamentais e imutáveis da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário, justificando-se por essa forma a supremacia deste”.²²

Com tal desenvolvimento, caracterizou-se que a legitimidade que recaía sobre o judiciário só poderia ser exercida por via de exceção, dentro de um litígio submetido à sua apreciação. Não lhe fora concedido um “poder geral de veto sobre a legislação do Congresso”.²³ Assim, só se vislumbrou inicialmente a faceta concreta da Jurisdição Constitucional nos Estados Unidos.

Como a sociedade reclamasse por soluções de maior generalidade, a comunidade jurídica assistiu à elaboração de demandas fictícias para a obtenção do pronunciamento judicial.

Posteriormente, talvez em resposta a esse clamor, passou-se a aceitar a incursão de ações declaratórias para apuração e reconhecimento de inconstitucionalidade. Tal vertente, porém, exigia que a ação declaratória se situasse no bojo de um processo contraditório real, e não hipotético nem com o fim único de se obter declaração abstrata sobre a inconstitucionalidade de uma lei. Tal objetivo não poderia ser o fim em si mesmo da ação, mas um incidente dentro da mesma.

Resta claro, assim, que o sistema americano tem seu caráter típico, o qual, dentre todas as suas características, se mostra avesso à idéia de análise abstrata da constitucionalidade.

2.4 O modelo ‘europeu’ de controle

O chamado ‘Sistema Europeu’ de controle de constitucionalidade (que na verdade se refere ao modelo Austríaco) foi teorizado e concatenado especialmente pelo ilustre mestre Hans Kelsen, que teve a oportunidade de positivá-lo na Constituição Austríaca de 1920, por

²² NEUMANN, Robert G. *Die Verfassungsentwicklunf in den Vereinigten Staaten von Amerika 1939-1946*, in *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, setembro de 1946, *apud* BITTENCOURT, Op. cit., p. 22.

²³ GILBERT, Wilfred C. (supervisor). *The Constitution of the United States Annotated by the Legislative Reference Service*. Washington, D.C. : Library of Congress, 1938, p. 104, *apud* Bittencourt, op. cit., p. 23.

ter sido convidado a participar da redação da mesma. Também chamado de sistema abstrato, ou concentrado, de controle constitucional, o mesmo se estrutura na análise de todos os casos constitucionais por uma Corte Constitucional especializada (a *Verfassungsgerichtshof*). Assim, sempre que, dentro de determinada lide judicial, se levantasse um questionamento sobre a constitucionalidade de algum ponto, era necessário fazer a remessa do processo àquela corte, não podendo o próprio juiz efetuar juízo sobre este item da matéria. Outra questão interessante é a previsão de controle abstrato por ação direta à Corte, visando dar à sociedade um parecer definitivo e com efeito aplicável a todos. Além disso, órgãos do governo que tivessem dúvidas sobre a constitucionalidade abstrata de certo ato de outro órgão poderiam questioná-la em ação direta à Corte.

Mas o panorama europeu, como se viu, é muito anterior a Kelsen, e passou por interpretações bastante distintas. Inspirados sobretudo na experiência da Revolução Francesa, os Estados europeus, de forma geral, questionavam a autoridade do judiciário: um órgão não político, não representativo do povo, por não ter sido por ele eleito, mas composto por formação técnica. Essa característica colocava em xeque a legitimidade de seus atos, ainda mais em se tratando de negar aplicabilidade aos atos de um órgão como o Legislativo, o qual, este sim, fora composto por eleição popular e, em tese, é a representação mais bem elaborada da vontade do povo, o qual seria o próprio Estado, em última análise.

Kelsen, não obstante este pano de fundo, e inserto nele, vislumbrou em seu estudo teórico o fato de que o controle constitucional deveria ser entregue ao judiciário, ao invés de permanecer nas mãos do legislativo. Ao teorizar sobre “Quem deve ser o guardião da Constituição”,²⁴ fez uma abordagem responsiva à teoria de Carl Schmitt, o qual preconizava a importância de que o fiscal da constitucionalidade das leis deveria ser um órgão político. A idéia de Schmitt era a de que, se a lei é um ato político, um ato de poder, dotado de discricionariedade e representatividade popular, apenas um ente de igual teor poderia fiscalizá-la e negar-lhe efetividade. Desta feita, se a Corte Constitucional faz parte do Judiciário, duas coisas restam pressupostas: que a avaliação de constitucionalidade não será feita por um órgão político, mas técnico, e que esta avaliação se revestirá da nomenclatura de *jurisdição*, e não de *exercício de poder (política)*, reivindicando, assim, diversos atributos típicos daquela, como a formação de coisa julgada. Ao ver de Schmitt, isso não procede, e o controle deveria ficar a cargo do chefe do executivo ou de um órgão do legislativo.

²⁴ “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” in KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 237.

A isto, Kelsen, em ampla e esmiuçada exposição, refuta, demonstrando que, antes de tudo, o controle da constitucionalidade não deve ficar a cargo de um dos órgãos que deva ser fiscalizado. Obviamente haveria confusão de interesses e a fiscalização não seria efetiva, ao menos em relação àquele órgão, isso quando não houvesse parcialidade no julgamento dos outros. Vale citá-lo:

[...] Caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. [...] Lembre-se que nenhum princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.²⁵

O leitor atento perceberá que ele aqui parece esquecer ou deixar de tocar no ponto de que o próprio judiciário também precisa ser submetido a controle. A isto se responderá mais adiante, no momento oportuno. Deixando-o, por ora, de lado, verifica-se que Kelsen chegou a conclusão semelhante à de Marshall no que diz respeito à incompatibilidade entre o Controle Constitucional de leis e o próprio órgão legislativo. Tal paralelo é o marco comum entre ambos os sistemas, e veremos que isso viabilizou uma interessante compatibilização no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro problema que Schmitt vê na ‘jurisdição’ constitucional é uma matéria de lógica jurídica. Expõe o doutrinador a clássica afirmativa de que ‘jurisdição’ é a ‘subsunção do fato à norma’. Assim, na chamada jurisdição constitucional, onde se julgam normas com base em normas (as ordinárias ao crivo das constitucionais), tal atividade não seria de forma alguma comportada pela atribuição natural do Poder Judiciário.

Pelo porte do texto que Kelsen dedica a responder à teoria formulada por Carl Schmitt, percebe-se que, além de lhe reconhecer a envergadura própria, Kelsen também se preocupa em tentar responder à própria lógica europeia de raciocinar sobre o Estado. Ao chegar a este ponto, Kelsen mais uma vez procura pormenorizar as razões de seu raciocínio, como um advogado de sua própria tese, o que faz com maestria.

Para combater esta afirmativa, Kelsen traça um raciocínio difícil, que se tentará resumir: concordando com Schmitt, de que é necessário um fato, um suporte fático (*Tatbestand*) para ser submetido à norma, o mestre austríaco esclarece que há sim um suporte fático na jurisdição constitucional, e que é este que ficará sempre submetido à análise da Corte – este suporte fático está na essência do conceito de inconstitucionalidade. Explica-se.

²⁵KELSEN, Hans. Op. cit. p. 240.

Uma lei poderá ser inconstitucional por dois prismas: primeiramente, pelo *formal*, quando foi elaborada por órgão que não tinha competência para sua matéria, ou por via de rito ou procedimento inadequado, por exemplo. É um vício externo, na forma de concepção daquele texto. Não fora isso, o mesmo poderia conviver normalmente na ordem jurídica. O outro ângulo é a inconstitucionalidade *material*, quando a lei regula certo assunto de forma contrária, incompatível ou desviada das disposições ou dos princípios informadores daquele assunto tratado na Constituição. Tal norma, ainda que seu procedimento esteja perfeito, será inaceitável na comunidade jurídica.

E porque não é aceita? Como a Constituição a refuta pela via jurisdicional? Qual é o fato que se possa subsumir a esta Norma Maior? É o fato da própria confecção da lei.

Se a inconstitucionalidade é formal, o que se submeterá ao crivo da Corte Constitucional, a título de se examinar a norma, será, na verdade, o fato de ela ter sido elaborada, e a forma como o foi. Se, num exemplo baseado em nossa Constituição de 1988, um estado-membro resolve legislar sobre direito penal em seu âmbito, este *fato* é inconstitucional. E seu resultado – o texto legal que pretende vincular os cidadãos e legitimar os órgãos públicos locais – é a sua manifestação, que, como fruto de um ato inconstitucional, deve ser detido.

O raciocínio é o mesmo se inconstitucional for o seu conteúdo. Ao legislar determinada matéria, desejando que produza efeitos no mundo jurídico, deve-se levar em conta a existência de uma norma superior (a Constituição) que disciplina a matéria. Ela dispõe sobre diversos direitos individuais, coletivos e difusos, e traz princípios para sua compreensão. Se aquela atividade legislativa não respeitar os preceitos e princípios constantes nesta Norma Maior, que regula o assunto, dispendo de forma restritiva sobre direitos que a própria Constituição criou, tal atividade legislativa será um fato que estará contrário a esta norma. O fenômeno seria de ilegalidade, se a Norma Maior fosse uma lei. E é de inconstitucionalidade pelo fato de ser Constituição.

Não se despreze a necessidade de mudanças sócio-jurídicas no tratamento de certas questões que se alteram ao longo da vida de uma Constituição. A *Lex Mater*, em regra, preverá que o Estado que ela regula, no futuro, poderá tratar diferentemente assuntos que nela estão regulados. Para isso, informa as regras segundo as quais aceitará que o legislativo daquele momento passe a ‘manifestar o Poder Constituinte’: por uma determinada maioria de votos, além de outros requisitos procedimentais e, em geral, resguardando certos aspectos materiais (cláusulas pétreas). Se uma lei é inconstitucional por tratar certo assunto de forma contrária à Constituição, sua elaboração é um fato inconstitucional, e sua eficácia no mundo

jurídico dissemina tal inconstitucionalidade. Mas bastará que se adote a via de alterar a própria constituição para que ela passe a ser materialmente constitucional, se não tratar de matéria restrita sob o nome de clausulas pétreas.

Tragamos agora excertos de Kelsen para tornar claro o que se pretendeu dizer:

[...] A Constituição, de fato, não regula apenas o procedimento legislativo, mas também define de algum modo o conteúdo das futuras leis, por exemplo mediante a fixação de linhas diretivas, princípios, etc.

[...] O controle da constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional. Pois mesmo quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição.

[...] O suporte fático (*Tatbestand*) que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma – fato e norma são conceitos distintos – mas sim a *produção* da norma, um verdadeiro suporte fático material que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição, pode ser subsumido pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma.

Na jurisdição constitucional não se trata – como Schmitt exige [...] – de que uma norma deva “proteger normativamente a si mesma” [...], mas meramente que uma norma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mesmo, num nível superior.²⁶

Aqui vale fazer uma observação importante com base em pretensões jurídicas que se poderiam deduzir desta tese de Kelsen. Não se pode negar que a opinião sobre a inconstitucionalidade fática da *elaboração* de lei contrária à Constituição é delicada e polêmica, devendo ser tratada com cuidado. Há precedentes de nossa Corte, por exemplo, que nos dão a entender uma visão teórica distinta; como se lê no acórdão do STF, *RTJ*, 99:1031, 1981, MS 20.257-DF, rel. Min. Moreira Alves. Nele o eminente ministro elucida sua posição de não admitir mandado de segurança para impedir *tramitação* de projeto de lei ou de emenda constitucional materialmente inconstitucional, pelo fato de entender que a inconstitucionalidade só se consubstanciaria com a aprovação da emenda ou da lei. Isto, contudo, não contradiz o que aqui se expõe, pois se pode compreender que o fato inconstitucional será tido como tal somente após a sua ‘consumação’. Pode-se fazer um

²⁶ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 255 a 257. As citações estão editadas, e alguns grifos são nossos.

paralelo entre tal fato e um ‘crime’ que, por seu tipo, não admite tentativa, só sendo *ilegal* depois de consumado.²⁷

Voltando à dicotomia que Schmitt faz entre política e jurisdição, fica claro que, ao contrário da antiga concepção do juiz como mera boca da lei, na abordagem de Kelsen se reconhece uma atribuição constitucional ao judiciário de ‘dizer o direito’ – de decidir, dentro das possibilidades oferecidas por um sistema legal sempre incompleto e aberto (quando não contradizente), qual o caminho prático para satisfazer àquela realidade que a ele se mostra. Neste contexto, a jurisdição seria, sim, uma atividade de exercício de poder, diferindo da legislativa apenas quanto ao grau de discricionariedade. Ademais, os diversos órgãos jurisdicionais diferem quanto ao nível de ‘atribuição política’, e até mesmo quanto ao nível de formação política. A Corte Constitucional, por exemplo, foi elaborada como um órgão cuja composição, apesar de ser técnica, é de escolha de órgãos políticos, com a participação do Parlamento e do executivo.²⁸

Assim, Kelsen, dentro da lógica de raciocínio europeu, consegue demonstrar que o julgamento último acerca da constitucionalidade das leis cabe a um órgão jurisdicional. Melhor dizendo: a uma *atividade jurisdicional* – e aqui retornamos àquele assunto que deixamos em aberto alguns parágrafos acima – Kelsen não despreza o fato de que também o judiciário precisa de limites e revisão de seus atos. Assim, a Corte por ele proposta não é exatamente um órgão do judiciário, mas um órgão jurisdicional – é um órgão independente, à parte na estrutura dos poderes, mas jurisdicional pela natureza de seus atos. Tal Corte atua como um ‘legislador negativo’, inevitável expressão de Kelsen para designar a atividade que teorizou: influir no campo normativo, não por meio de criações de lei, mas por meio de subtrações de normas incompatíveis.²⁹ Assim, serve como órgão ao qual o judiciário remete suas causas quando se suscita a inconstitucionalidade de uma lei aplicável ao caso. Obviamente este questionamento não poderia ser proposto a um órgão do legislativo, pelo fato exposto no início desta explanação – não se pode figurar como juiz de suas próprias

²⁷ É de se observar, no entanto, que em sede de controle preventivo, Ana Cândida da Cunha Ferraz menciona outro acórdão, também do eminente Moreira Alves, no MS 20.257-DF, intentado contra projeto de Emenda à Constituição, por trazer matéria sobre a qual não caberia nem sequer apresentação de projeto, de acordo com o art. 60 § 4º da atual Constituição. FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade**. Internet, Brasília, abril de 1999. Disponível em:

http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_142/r142-22.PDF. O comentário encontra-se à p. 15.

²⁸ A composição prevista por Kelsen era a de que metade dos membros seria escolhida pelo Conselho Nacional e metade pelo Conselho Federal. Desde 1929, contudo, é o Presidente que nomeia por proposição do Governo Federal (oito juízes, dentre os quais o Presidente e o Vice-Presidente da Corte) e daquelas duas Casas (os outros seis juízes: três cada uma). Assim, percebe-se desde lá uma predominância do poder executivo na composição. Apesar disso, pelo fato de o mandato durar até que o juiz complete setenta anos, tal influência acaba sendo de pouca relevância a longo prazo. Para mais sobre o assunto, ver Louis Favoreu *in* **As cortes constitucionais**; tradução de Dunia Marinho Silva. – São Paulo : Landy Editora, 2004, p. 41 e ss.

²⁹ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 150 a 152.

causas. No entanto, para haver independência e legitimidade democrática e política, seus membros são compostos por escolha dos outros poderes, como já exposto.

Conclui-se, assim, que no modelo elaborado na Áustria não se admite a jurisdição constitucional por parte do judiciário comum, mas somente pelo órgão especificamente criado, composto e legitimado para esta função. Ademais, diferentemente do modelo americano, há a previsão do questionamento direto sobre a constitucionalidade de uma lei *in abstracto* por parte de legitimados específicos. Os primeiros a serem previstos foram o Governo Federal, acerca de lei estadual, e o Governo Estadual acerca de lei federal. A legitimação se dava para um controle preventivo (antes da promulgação da lei, pronunciando-se sobre a titularidade da competência para a matéria). Além destes, constam também a Corte Administrativa, a Corte Suprema de Justiça e, desde 1975, as Cortes de Apelação, os parlamentares e os indivíduos.³⁰

3 O HISTÓRICO E O SISTEMA DE CONTROLE DESENVOLVIDOS NO BRASIL

Sumário: 3.1. Introdução ao capítulo. 3.2. O histórico do Controle nas Constituições brasileiras. 3.3. Breve análise do sistema misto brasileiro e de seus pontos de estrangulamento.

³⁰ FAVOREU, Op. cit., p. 48 e 50. Ressalte-se que o autor elucida que há critérios para a admissão de recurso constitucional abstrato por indivíduos: a comprovação de que o mesmo teve direitos violados pela lei em questão e que a mesma lhe seja aplicável sem a intervenção de decisão judicial ou administrativa. Isso se coaduna com a experiência no Brasil.

3.1 Introdução ao capítulo

Chegamos agora ao estudo do fenômeno do Controle Constitucional no Brasil. Ver-se-á que o histórico nacional é longo e claramente inspirado nas diversas teorias do direito comparado, as quais procuramos expor nas páginas anteriores. A via da positividade legal e constitucional tem sempre sido utilizada, no que diferimos da experiência americana, tendo sido por ela previamente auxiliados. É interessante observar que o sistema de controle, ao longo das várias fases constitucionais pelas quais o país passou, vem crescendo e ampliando o acesso a esta jurisdição, nas diversas formas de manifestação que a doutrina internacional desenvolveu, numa verdadeira mescla entre os diversos sistemas até aqui estudados.

Em seguida, procuraremos analisar brevemente alguns aspectos do sistema misto presente no país, e abordar suas dificuldades e seus pontos de estrangulamento. Tanto o modelo americano como o modelo teorizado por Kelsen apresentam deficiências, mas que, no contexto social, político e jurídico no qual se inserem, são bastante eficazes e adequados. Tais deficiências foram, em grande parte, superadas na mescla que se operou na ordem jurídica constitucional brasileira. No entanto, ainda subsistem gargalos de difícil resolução no modelo atual, dentre os quais se destacam a sobrecarga de processos remetidos à Corte Constitucional, concomitante à existência de matérias inapreciáveis pelo controle constitucional de normas. Tal abordagem visará mostrar, mais adiante, o papel das mudanças que vêm se operando no atual panorama, as perspectivas de sua utilidade futura e a forma como a jurisprudência e a doutrina têm se posicionado a respeito.

Passemos, primeiramente, ao histórico.

3.2 O histórico do Controle nas Constituições brasileiras

O primeiro esboço de averiguação de constitucionalidade instituído no Brasil mais se parecia com o modelo Francês. Na primeira Constituição brasileira, a de 1824, não houve a atribuição do controle de constitucionalidade ao judiciário, nem sequer em nível de interpretação possível, pois havia previsão expressa de que tal tarefa cabia ao próprio Poder Legislativo. A este incumbia “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” e ainda

“velar na guarda da Constituição”.³¹ Além do mais, com a presença do Poder Moderador, mantenedor da “independência equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”,³² qualquer análise extra que se mostrasse necessária sobre a matéria recairia naturalmente a este.

A chegada da República trouxe a nós a doutrina americana como a base da estrutura de manutenção da autoridade constitucional. No nosso caso, houve positividade mais expressa: facultava-se a interposição de recurso perante o Supremo Tribunal Federal quando se fosse levantada, em processo subjetivo judicial, questão sobre a “validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela”, ou “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”.³³

Para Rui Barbosa, o controle difuso se manifesta de uma forma concludente por este artigo, no qual, em lição do mestre, “reconhece-se não só a competência das justiças da União como a das justiças dos Estados para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição”.³⁴ Só complementa, a lei, que no caso de Tribunal Estadual negar aplicação a uma lei federal, caberia recurso ao Supremo.

Ressalte-se, contudo, que o controle exercido pela via legislativa subsistiu, manifestando um avanço na medida em que uniu duas vias no intento de se resguardar a constitucionalidade dos atos do Estado.³⁵ O Poder Moderador foi extinto.

A lei nº 221 de 1894, completando a organização da Justiça Federal da República, tornou ainda mais claro e ampliado o sistema, dispondo que:

Art. 13 [...]

§ 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.

A reforma constitucional de 1926 explicitou mais fortemente a questão prevendo que, sempre que se questionasse “sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da

³¹ Art. 15, nº 8 e 9 da Constituição Brasileira de 1824.

³² Art. 98 da mesma.

³³ A Constituição Provisória de 22 de junho de 1890, em seu art. 58 § 1º ‘b’, e o Dec. 848 de 11 de outubro do mesmo ano (que organizou a Justiça Federal), em seu art. 9º, par. único, ‘a’ e ‘c’, foram reproduzidos posteriormente na Constituição de 1891, art. 59 § 1º ‘a’, fazendo a previsão expressa e em nível constitucional.

³⁴ BARBOSA, Rui. *apud* BITTENCOURT. Op. cit. p. 29.

³⁵ O art. 35 dispunha: “Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 1º.) Velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de caráter federal”.

Constituição” e a decisão do tribunal estadual lhes negasse aplicação, caberia recurso para o Supremo Tribunal (art. 60 § 1º ‘a’). O anterior artigo 59 previa tal recurso quando estivesse em questão a constitucionalidade da lei do estado. Com esta alteração, o dispositivo tornava mais completo o sistema. Nota-se, contudo, que o prisma é predominantemente federal: se o tribunal local considerasse válida lei local em face da Constituição, ou se considerasse lei federal inconstitucional, é que seria cabível o recurso.

Na Constituição de 1934, houve três mudanças dignas de nota. Primeiramente, foi instituída a representação interventiva, ação direta proponível pelo Procurador-Geral da República ao Supremo no contexto de preparação para intervenção federal em estado-membro. Para tal, era necessário lei federal que decretasse a intervenção, e tal lei não tinha a presunção de constitucionalidade – precisava desta ação para que fosse declarada sua conformidade com a Lei Maior.³⁶ Não se considera isso um real início da adoção do controle concentrado no seio do ordenamento pátrio, tendo em vista que: não visa anular a lei, apesar de a apreciação da constitucionalidade ser o pedido, e não só a causa de pedir; também não surge relação jurídica alguma da sentença, como costuma ocorrer em ações típicas.³⁷

Segunda mudança foi a exigência do voto da maioria absoluta do Tribunal ao julgar pela inconstitucionalidade da norma questionada.

Terceira mudança, importantíssima, foi a previsão da atribuição, ao Senado, de suspender os atos normativos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.³⁸ Procurava-se, pouco a pouco, o efeito *erga omnes* para as decisões desta seara, o que não era plenamente suprido pelas decisões do STF em virtude do princípio do livre convencimento do juiz, reinante entre nós. Por este princípio, que difere do já mencionado *stare decisis* presente na *common law*, os juizes de instâncias inferiores não estão vinculados à decisão e à lógica estruturada pelos Tribunais superiores.

A carta de 1937 fez apenas uma mudança, polêmica, por sua vez, estatuidando o seguinte:

Art. 96 [...]

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do

³⁶ Art. 7º: “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 [princípios constitucionais sensíveis], 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”.

³⁷ As idéias são de BARBI, Celso Agrícola. *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. atualizada – São Paulo : Saraiva, 1999, p. 401.

³⁸ Art. 91 inc. IV da Carta de 1934. É interessante notar que a previsão abrangia decisões de todo o judiciário, não se limitando às do STF, como se vê hoje no art. 52 inc. X.

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 de cada uma das câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal.

A constituição de 1946 removeu tal instituto, retomando a efetividade clássica atribuída ao controle difuso. Há, no entanto, divergência acerca do nível de interferência que a medida realmente causara no sistema típico.³⁹

Grande alteração se observou na vigência desta Carta, com a Emenda 16, de 26 de novembro de 1965⁴⁰. Por meio dela, a matéria de jurisdição constitucional ganhou a vertente que lhe faltava: a via direta de controle abstrato da conformidade das normas face à Constituição, denominada ‘representação contra inconstitucionalidade’ de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual. Este é o marco na fusão que no Brasil se pretendeu operar, entre o já instituído sistema difuso e concreto de tutela constitucional e o sistema teorizado por Kelsen, concentrado e abstrato. Um dos passos mais interessantes na reafirmação de uma tendência ao crescimento e disseminação da constitucionalização do Estado brasileiro, não permitindo que nenhum ato do Poder Público divergisse da Lei Maior. Nas sábias palavras de Celso Bastos, “uma ação cujo único objeto é a perquirição do ajustamento da lei às disposições constitucionais repousa sobre fundamentos outros daqueles justificadores do controle constitucional pela via de exceção. Na verdade, é a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito objetivo, enfim, que se encontra na base de tal instituto”.⁴¹ O legitimado para propositura era o Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967 não trouxe relevantes inovações à matéria aqui tratada, recepcionando em seu texto originário a previsão do sistema difuso juntamente com o concentrado para conhecimento da inconstitucionalidade pelo Supremo.

Cabe falar da Emenda nº 7 de 1977, que introduziu o dispositivo da “representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, cujo legitimado era, também, o Procurador-Geral da República. O instituto visava a que o STF fixasse de forma abstrata, geral e vinculante o sentido de uma norma. A presente Constituição não o manteve.

Por fim, o surgimento da Constituição de 1988. Na Carta da redemocratização, após uma traumática experiência política de supressão de direitos e exacerbações por parte dos

³⁹ Conhecida como “a polaca”, a Constituição de 1937 tem caráter ditatorial, a exemplo deste dispositivo. Mas alguns autores ponderam que isso pode ser encarado, simplesmente, como uma possibilidade de Emenda à Constituição. Para mais, ver Celso Bastos, op. cit., p. 402.

⁴⁰ Previsão que foi feita no art. 101, I, ‘k’ da Carta reformada. Ressalte-se ainda a previsão de possibilidade de os estados instituírem controle concentrado pelos Tribunais de Justiça acerca de leis municipais contrárias à Constituição do estado.

⁴¹ BASTOS, Celso. Op. cit. p. 403.

Poderes Políticos (com isso quer-se fazer referência ao Executivo e ao Legislativo), o caminho adotado manifesta uma solução que persegue a fruição prática dos direitos fundamentais positivados e que pretende assegurar e resguardar a sociedade como um todo das violações advindas de uma relação desregulada entre os Poderes. Mais que isso: pretende propagar, disseminar e fazer germinar nessa sociedade os direitos que conduzirão ao crescimento e à maturidade jurídica do país. Mais que um papel defensivo, a ampliação dos sistemas de jurisdição constitucional se presta até mesmo a uma abordagem ativa e propagadora da ordem jurídica e dos direitos individuais.

A jurisdição constitucional foi sensivelmente ampliada e prestigiada por esta Constituição. As principais inovações dispostas na Carta para satisfazer a este fim são as seguintes:

- Sensível ampliação da legitimação ativa para propositura de ações de controle concentrado, as quais estavam limitadas às mãos do Procurador-Geral da República (art. 103 da CF/1988). Ao longo das emendas à Constituição, com o surgimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, houve distinção no corpo de legitimados entre os diversos tipos de ação direta; modificações posteriores (especificamente a EC 45 de 2004), no entanto, instituem hoje o mesmo rol de legitimados para todas as ações do controle concentrado;
- A previsão de um mecanismo para arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102 § 1º), cuja lei posteriormente viria a trazer também significativas mudanças;
- A introdução de dispositivos para controle da inconstitucionalidade da omissão normativa por parte dos Poderes Públicos. Dois foram projetados: a ação direta com esse objeto (art. 103 § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- A recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, a chamada ‘representação de inconstitucionalidade’ (art. 125 § 2º);
- A nova delimitação do objeto do recurso extraordinário, restringindo-o apenas aos questionamentos de constitucionalidade, e atribuindo sua pretérita função de tutela dos atos normativos federais ao recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

Assim, o controle difuso (transmitido desde a Constituição de 1891, de inspiração norte-americana) se mantém, com linhas melhor definidas, juntamente com um sistema de controle concentrado (herdado das lições de Kelsen) realmente amplo, buscando resguardar o próprio sistema normativo, e o Estado, por consequência, da inconstitucionalidade em si.

Também foi mantida a ação direta interventiva, como modelo *sui generis*, por ser modalidade de ação direta e concreta concomitantemente.

Além do longo arrolamento de dispositivos originariamente previstos, as Emendas subseqüentes trouxeram modificações sucessivas no sistema de controle. A primeira foi a criação da Ação Direta de Constitucionalidade – um instrumento, dentre os de sede direta, para afirmação e blindagem de determinado ato normativo contra a averiguação difusa da constitucionalidade do mesmo pelos órgãos judiciais em geral. Tal dispositivo gerou ampla discussão doutrinária a questionar a sua própria constitucionalidade, o que foi consolidado pelo posicionamento da Corte Suprema.

Outra modificação trazida pelo constituinte derivado foi a introdução de requisitos para o recurso extraordinário, a exemplo da repercussão geral, conceito jurídico indeterminado positivado como pressuposto para a propositura daquele e que foi posteriormente regulamentado por reformas legislativas (ao Código de Processo Civil) e ao Regimento Interno do STF. Ambas as medidas continuaram deixando o conceito aberto para que a própria Corte o defina a seu critério.

3.3 Breve análise do sistema misto brasileiro e de seus pontos de estrangulamento

Iniciaremos agora uma abordagem do sistema de jurisdição constitucional como se apresenta no Brasil nos moldes da Constituição de 1988 e suas subseqüentes emendas. Como dito, este sistema, apesar de amplo, possui dificuldades a serem superadas. Tais dificuldades advêm, dentre outras coisas, do fato de este modelo adotado ter sido composto por modelos e teorias ‘importados’ de outros contextos históricos e políticos. Ainda assim, a forma como se apresenta no ordenamento pátrio é exemplar e bem integrada. A intenção, ao se proceder à análise, é obter direções nas quais seguir em busca de solução para problemas concretos da experiência jurídica da tutela dos direitos fundamentais e constitucionais como um todo. Buscar-se-á utilizar este caminho na abordagem que pretendemos fazer no próximo capítulo, acerca das inovações que têm se operado na moderna visão da jurisdição constitucional.

A via incidental do controle de constitucionalidade é aquela que se exerce dentro de um processo prévio, subjetivo e com uma lide concreta em jogo. No âmbito dela se verifica, por uma das partes, que determinado comando normativo, que lhe determina obrigações

relacionadas à causa, é contrário à Carta Suprema do país; daí cabe a alegação da inconstitucionalidade da mesma, com a conseqüente inaplicação da regra ao caso pelo juiz. O controle incidental é exercido por qualquer órgão judicial em sua atividade regular.

Pois bem, tal instituto possui um regramento complexo, baseado em sua formação histórica, já abordada quando se tratou da experiência americana do *judicial review*. Com tais complexidades, determinadas situações ficam desguarnecidas da tutela judicial, enquanto que é deixada aberta a porta a outras utilizações das vias judiciais, causando a sobrecarga da máquina judiciária. Passaremos à abordagem de alguns pontos.

A inconstitucionalidade incidental inicialmente só poderia ser alegada pelo réu, por via de exceção. Pressupunha-se que o mesmo, ao considerar uma norma inconstitucional, deveria não seguir seus preceitos, e só ao ser questionado por outrem em ação subjetiva própria, levantaria a questão da inconstitucionalidade. Esse posicionamento é compatível com o que foi dito anteriormente sobre o sistema americano, no qual a Suprema Corte reafirma não possuir um ‘poder geral de veto’ sobre os atos do Congresso. Assim, não seria cabível que, sempre que um particular discordasse de uma determinada lei, pudesse ingressar em juízo para ver-se livre de sua vinculação.

Essa forma de administração das relações sociais não parece adequada. Apenas a título de exemplo, pode-se mencionar situação na qual o particular, por exemplo, deixe de recolher certo tributo por considerá-lo inconstitucional. Se, ao ser demandado em juízo, ele vem a perder a causa, pronunciando-se o judiciário a favor do fisco, haverá graves danos para o mesmo na medida em que deverá arcar com os ônus judiciais e com as multas por toda a mora. Também haverá problemas para o fisco, que não dispôs daquele valor durante todo o período, pelo fato de ao particular ser conferida a faculdade de se abster. Requeria-se do particular, assim, que antecipasse para si mesmo o correto juízo que o judiciário realizaria acerca do instituto.⁴²

O quadro já não é mais este. Também o autor pode ingressar em juízo contra uma cobrança a ele feita, já em curso, ou para defender-se previamente da mera possibilidade de exigência futura. Pode também ser suscitada pelo Ministério Público, no papel de *custus legis* que exerce. Considera-se legitimado, até mesmo, o terceiro interveniente, no silêncio das partes.

Na verdade, a inconstitucionalidade pode e deve ser alegada *ex officio* pelo próprio juízo. É que, no desempenho de seu papel jurisdicional, não pode o Estado utilizar-se de

⁴² BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Brasília : Ministério da Justiça, 1997, p. 97-8; BARROSO, Luís Roberto, **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo, 2008, p. 81-2.

instrumentos incompatíveis com a ordem na qual está inserido, muito menos os incompatíveis com a Carta que o instituíra. Dessa forma, importa que eventual inconstitucionalidade de ato normativo seja reconhecida preliminarmente e até em caráter de ofício pelo órgão julgante, como qualquer outra questão de direito, não se aplicando a preclusão – é dizer, pode ser suscitada ou reconhecida só no segundo grau de jurisdição.⁴³ A questão, no entanto, é relativizada em sede de recurso extraordinário, em virtude do instituto do pré-questionamento, que veremos mais adiante.

Pois bem, este controle difuso, passível de ser alegado por qualquer daqueles sujeitos supra mencionados, pode também ser alegado em praticamente todo tipo de processo judicial. Além das ações comuns, destacam-se as próprias ações constitucionalmente previstas, como o mandado de segurança (genuína criação brasileira), o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e também – a despeito de controvérsias previamente existentes – a ação civil pública⁴⁴ e a ação popular.⁴⁵ E, alcança a Corte, em regra, pela via do Recurso Extraordinário.

Como se depreende do próprio *modus operandi* do controle incidente de normas, no que tange aos tipos de atos que podem ser questionados, incluem-se todo tipo de ato normativo estatal, desde Emendas à Constituição, comparadas com o espírito da Constituição original, até atos infra-legais que exerçam regulamentação. Isso nos três níveis de poder – federal, estadual e municipal. Também se aplica às leis anteriores à Constituição (pré-constitucionais), a uma Emenda ou a uma dada interpretação aplicada. Qualquer desses atos pode estar contrário à Constituição vigente, e sendo aplicados a despeito disso; portanto, numa lide, não pode o judiciário aplicá-la como direito válido. Por isso se diz que, a rigor, o próprio juízo deveria pronunciar-se de ofício, já que o ato normativo poderá fazer parte de sua decisão, sua prestação jurisdicional, a qual, esta sim, deve estar totalmente conforme à Constituição.

Aqui surge outra questão: a complexa intenção (e necessidade) de haver uma uniformização da jurisprudência. Pelo princípio do livre convencimento do juiz, reinante no

⁴³ A respeito, ensina José Carlos Barbosa Moreira que “não há preclusão em se tratando de *quaestio iuris*”. O autor é mencionado por Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 82.

⁴⁴ Argumentava-se contrariamente, sob a alegação de que os efeitos práticos de arguição de inconstitucionalidade nessa ação, por serem *erga omnes*, importariam em usurpação da competência do STF. Ademais, o interesse público genérico, típico desta ação, ao invés do particular, daria caráter de abstração ao pleito. Veio a predominar entendimento distinto na Corte, de que na ACP há controle difuso típico e legítimo, sujeito a revisão daquele tribunal por via de Recurso Extraordinário. Manteve-se a busca por repelir as ficções que visem a alcançar tutela abstrata por via de ACP. Vide STF, *DJU*, 17 maio 2002, p. 733, RE 227.159 rel. Min. Néri da Silveira; STJ, *DJU*, 24 jun 2002, p. 230, Resp 175.222-SP, rel. Min. Franciulli Neto.

⁴⁵ A respeito, v. STF, *RTJ*, 168:22, AO 506-AC, rel. Min. Sydney Sanches: é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação popular. Na hipótese, o autor não objetiva a declaração de nulidade do ato normativo, mas a suspensão dos atos administrativos nele fundados.

sistema legal romano-germânico, que é o caso do Brasil, é ínsito à atividade do órgão jurisdicional o poder de dizer o direito para o caso concreto que está sob sua análise, com todas as complexidades próprias do caso concreto. Mais que isso: podendo um juiz construir o cenário da lide por uma perspectiva própria, não seria de estranhar que considerasse, inclusive, que no caso são incidentes determinadas normas, que outro juízo desconsiderasse por completo. Assim, tangencia a própria questão de direito, este princípio do livre convencimento.

Tangenciando as questões de direito, é visível ocorrer o que de fato se manifesta: que os diversos órgãos judiciais apreciam as matérias das mais diversas formas, nas quais um considera inconstitucional certo dispositivo considerado plenamente conforme à Carta máxima por outro. Enquanto isso, outro órgão, considerando também inconstitucional o dispositivo, o faz por motivo diverso do primeiro. Tal quadro no qual o Brasil está inserido vem se tornando insustentável, pois, ao invés de desafogar a Suprema Corte dos julgamentos dos casos concretos e ordinários, inunda suas atividades com revisões de jurisprudências não pacificadas – ora propostas pelo autor perdedor em certos tribunais, ora proposta pelo réu perdedor em outros. Todos acabam tendo argumentos para recorrer.

O Brasil – e muitas outras nações ao redor – estão vivendo o fenômeno da judicialização das relações sociais, e da constitucionalização da justiça. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.⁴⁶

Transliterando: a sociedade busca cada vez mais solver seus pleitos no judiciário, com a ampliação da tutela legal dos direitos fundamentais e com o crescimento sensível da comunidade de juristas; e com a Carta de 1988, a abrangência constitucional dada aos mais diversos assuntos vincula todo tipo de lide à Constituição, por via direta ou ao menos reflexa. Assim, o número de processos ordinários vem crescendo, e os questionamentos sobre a constitucionalidade da atuação Estatal, causados pelo incremento da cultura jurídica disseminada, aumenta significativamente também. Na continuação, Barroso chega a

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto, *in Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, 2008, p. 100.

mencionar que esta nova concepção de Estado Constitucional repercute até mesmo nas relações entre particulares.⁴⁷

Pode-se dizer, assim, que faz parte da estrutura do controle difuso, como é implantado no Brasil, o gigantesco volume de demandas requerendo revisão pela Corte. É de se fazer notar que, no sistema da *common law*, de onde se herdou este raciocínio jurídico, existe o decisivo ponto diferencial do *stare decisis*, já mencionado, por meio do qual uma decisão da Suprema Corte cria o precedente vinculante às instâncias inferiores.

Além do problema do volume, é de se reconhecer que, no seio das causas subjetivas que se encontram nos juízos ordinários, existem dois tipos de pretensões que merecem destaque: as questões de peso jurídico relevante, e as questões de alta repercussão social. Com o termo ‘peso jurídico’ quer-se fazer menção às questões que trazem, subjacentes à sua inteligência e resolução, debates sobre os direitos em jogo – sobretudo os pontos constitucionais – de alta relevância para o desenvolvimento do raciocínio jurídico por via de jurisprudência e instruído pela doutrina. E tais debates serão feitos em sede do tribunal de maior relevância do país – quando chegarem até ele por meio do Recurso Extraordinário.⁴⁸ Quanto ao segundo tipo, as questões de alta repercussão, intenta-se fazer referência a casos que envolvem grande número de pessoas, como ocorre, exemplificativamente, em questionamentos tributários.

Pois bem, estes dois tipos de lide que se emaranham entre as causas comuns padecem dos mesmos e lentos trâmites dos processos ordinários para chegar à apreciação da Corte. Seria de melhor utilidade, tanto para as partes como para os tribunais e, por via de consequência, para o restante dos sujeitos de direito com lides pendentes nestes órgãos, e até para a própria Corte Suprema, que tais tipos de causas emergissem para estabelecer, desde já, o posicionamento do STF, satisfazendo a necessidade social acerca da última palavra na matéria.

Da forma que a questão está colocada diante do Supremo Tribunal Federal, é indispensável uma reestruturação do procedimento e da lógica sistêmica, para o melhor funcionamento – o funcionamento humanamente viável – deste órgão projetado para emitir pronunciamentos emblemáticos e inspiradores a todo o sistema judicial a ele submetido. Além de viável às forças humanas, é desejável que a atuação do STF lance na sociedade lampejos de luz jurídica sobre como a Constituição se impõe nos mais diversos problemas, e como ela

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto, *in Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, 2008, p. 100.

⁴⁸ Não se pode deixar de mencionar que o STF também exerce controle difuso em outras ocasiões, como nos casos previstos para seu julgamento em grau originário ou em recurso ordinário (CF 1988 art. 102, incisos I e II). A grande maioria dos casos, no entanto, se subjaz na grande massa de recursos extraordinários.

deve ser encarada à medida que a sociedade evolui, tomando-se o seu espírito original e equacionando-o às tendências que o verdadeiro Poder Constituinte, subjacente neste grupo social em desenvolvimento, precisa adotar. Sopesando, como já mencionado, os ‘perigos das maiorias’ às necessidades de progresso conceitual acerca dos dispositivos jurídicos.

Aqui vale lembrar a teoria do contramajoritário mencionada por ocasião do estudo do sistema americano. Gustavo Binbenbojm⁴⁹, sintetizando Dworkin e Habermas, reafirma, não mais sob um ponto de vista negativo, que a jurisdição constitucional é, sim, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de sua função ser, realmente, a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Isso porque, ao anular leis ofensivas às condições estruturantes e aos princípios e direitos fundamentais, a justiça constitucional está atuando a favor, e não contra a democracia. Isto, juntamente com a tutela à própria concretização dos direitos fundamentais, aos procedimentos assecuratórios da livre e igualitária participação de todos nos processos decisórios, e com a ‘legitimidade argumentativa’, que veremos mais adiante, formam o cerne da legitimidade da Corte Constitucional. É verdadeira seara de proteção ao fato e ao valor do pluralismo.⁵⁰ Há, como sempre, discordâncias, mas o ideal se mantém.⁵¹

Mais adiante veremos como a Corte, através de suas jurisprudências, e o próprio Estado, através de inovações normativas, têm procurado lidar com este quadro, tentando encontrar melhores saídas.

Antes, porém, importa fazer alguma anotação sobre as dificuldades do aspecto concentrado do controle de constitucionalidade no âmbito da justiça brasileira.

Adotado com base na teorização de Kelsen, o controle abstrato de normas foi recepcionado com adaptações ao sistema difuso já presente desde a Constituição republicana de 1981. Acontece que, em alguns pontos, os confrontos clássicos do mestre austríaco com o sistema americano se encontraram face a face nos tribunais brasileiros. É o que se pode ver na questão da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Enquanto para Kelsen a lei valia até que se declarasse sua inconformidade com a *Lex Mater*, na versão brasileira manteve-se a visão adquirida dos tribunais americanos, e advogada por Rui Barbosa, ao pronunciar que “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 2001, p. 224 *apud* BARROSO, Luís Roberto, *in Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, 2008, p. 57.

⁵⁰ Para mais sobre o pluralismo, ver BARROSO, Luís Roberto, *in Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, 2008, p. 61.

⁵¹ Stephen Griffin, no já mencionado *American constitutionalism*, afirma que o papel da Corte teria sido mais relevante no período de formação e consolidação do arcabouço democrático, quando não havia condições adequadas para que as minorias exercessem influência no sistema político.

precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”. Isso gerou alguns inconvenientes que, posteriormente, precisaram ser repensados, levando o Tribunal à necessidade de afirmar e reafirmar a possibilidade da modulação dos efeitos temporais de suas sentenças.

Além disso, a própria sistemática do controle abstrato, como foi implantada, possuía outros inconvenientes. É o caso do restrito rol de legitimados ativos para propositura da ação direta. Historicamente privilégio do Procurador-Geral da República, a legitimidade foi sensivelmente ampliada na Constituição de 1988. Tal ampliação mostra uma tendência adotada pela Constituição, que é o que procuraremos expor analisando as demais mudanças angariadas neste intervalo de vinte anos. Após modificações no caput e nos incisos IV e V, o rol atual é o que consta no art. 103 da Carta:

- Art. 103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
- I - o Presidente da República;
 - II - a Mesa do Senado Federal;
 - III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 - IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 - V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 - VI - o Procurador-Geral da República;
 - VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 - VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 - IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ainda assim, o rol para levar questões com alto teor de abstração ainda é dotado de certa restrição, ainda mais tendo em vista que a jurisprudência da Alta Corte é também limitativa quanto à interpretação de quem se enquadra nos moldes de alguns legitimados, sobretudo os do inciso IX. É o caso que se observou acima, de ações que tenham importância jurídico-doutrinária de relevo, ou questões de alta repercussão no seio social, que se quedam fadadas a percorrer todo o caminho da via subjetiva de tutela. No entanto, tem-se considerado que o presente rol é bastante representativo, e que os legitimados relacionados às diversas classes, a OAB e os partidos políticos, além das típicas ações coletivas já disseminadas pela comunidade jurídica dão conta de tutelar coletivamente as questões.

Matéria mais complexa é a limitação objetiva das ações de constitucionalidade abstratas. Instituiu o Constituinte, ao dispor sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que ela se valeria, basicamente, para tutelar os vícios das leis e atos normativos federais e estaduais. A Emenda que inovou com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, por sua vez, objetivou apenas os atos de âmbito federal. Assim, fica patente que as violações por parte dos órgãos municipais restaram inapreciáveis pelo Supremo Tribunal por via concentrada.

Há motivos para isso. Um dos principais é o enorme número de municípios existentes no país, ultrapassando os cinco mil. A submissão de todos eles ao controle pelo Supremo, sem regras de adaptação, tornaria ainda mais impraticável o que já assim se afigura. Há, contudo, ponderações interessantes em sentido contrário. Uma delas é a de que há municípios de volume e importância comparáveis aos estados da federação, como é o caso de São Paulo e Rio de Janeiro. O nível de relevância jurídica da atuação dessas e outras municipalidades é de ser destacado. Além disso, poder-se-ia adotar regras de uniformização de jurisprudência acerca dos assuntos-chave tratados pelas leis municipais.⁵²

Ademais, desenvolveu-se a tese de que as leis pré-constitucionais, quando incompatíveis com a Constituição vigente, não seriam alvo do controle de constitucionalidade por via abstrata. Realmente, é questão controvertida.

Como se viu, no controle difuso, faz parte da premissa lógica do julgamento a análise da questão constitucional suscitada. Na verdade, não é o alvo do pronunciamento judicial declarar uma lei inconstitucional; é apenas parte do processo de julgar a lide – uma questão prejudicial. Já no controle abstrato, o objetivo da ação é justamente que o Tribunal Supremo se pronuncie acerca da compatibilidade de certa lei com a Constituição. Aqui se encontra o problema: é adequado comparar uma lei anterior à vigente Carta, editada sob uma outra ordem constitucional e sob outros ditames e princípios, com a presente Constituição? Dever-se-ia compará-la com a pretérita? Mas, tendo a pretérita passado, não seria pouco importante sua compatibilidade com aquela?⁵³ Estes e outros conflitos foram resumidos e resolvidos pela tese da revogação, pela qual as leis incompatíveis com a atual Constituição simplesmente não foram recepcionadas, tendo sido revogadas pela mesma. Esta tese não está isenta de amplos debates doutrinários.⁵⁴

⁵² A fonte destes dois comentários é MENDES, Gilmar Ferreira, *in* **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 70-1.

⁵³ Os diversos ordenamentos jurídicos se posicionam de formas diversas, sempre bem embasados doutrinariamente. A Corte Austríaca considera plenamente apreciáveis todos os atos normativos recepcionados, inclusive os anteriores à Constituição vigente. No entanto, deve-se compará-lo com a Constituição da época. A maioria dos demais tribunais modernos procura analisar face à Carta vigente. O Brasil aceitava, inicialmente, analisar por meio de representação direta se a lei havia sido recepcionada ou não. Depois, firmou entendimento de que a análise de constitucionalidade presta-se apenas para as normas pós-constitucionais, resolvendo-se questões de lei pré-constitucionais em análise de vigência: se foram ou não revogadas. Assim, entrariam na análise judicial comum, e não na análise constitucional abstrata. Para mais, ver Gilmar Mendes em seu **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 58 e ss.

⁵⁴ Dentre os debates, um dos que mais se destaca é o que alega que só ocorre revogação entre leis de mesmo nível. Uma lei de nível maior – sobretudo a Constituição, de nível muito mais abstrato e que se presta a outros fins além da mera regulação de questões postas ao nível da lei – não se proporia a revogar uma lei menor. Debate relevantíssimo que ilustra bem as teorias em choque se dá entre o Min. Paulo Brossard e o Min. Sepúlveda Pertence, por ocasião da ADI 2, diálogo registrado por Gilmar Mendes em seu **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 60 e ss. Ver também, na mesma obra, referência a Castro Nunes, à p. 65, que também afirma que a ab-rogação se supõe numa

Dessa forma, o STF tem se negado a analisar, por meio de ADIn e ADC, a conformidade de leis pré-constitucionais.

Um instituto que veio atender aos anseios de reformulação desses caminhos foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Por meio dela, a Constituição (ao prevê-la no art. 102 parágrafo único⁵⁵), o Legislativo (ao regulá-la pela Lei 9.882 de 1999) e o próprio Supremo (por sua forma progressiva de receber o instituto) vem solucionando diversos gargalos do sistema de controle abstrato tradicional.

Seu objeto é tutelar violações a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição por atos do Poder Público (caput do art. 1º da lei). Só aqui temos duas soluções: uma, a de que se inclui nesses atos os praticados (pelo Executivo ou Legislativo) em âmbito municipal, por expressa previsão no inciso I do parágrafo único. Outra, a de que, já que é preceito decorrente da Constituição, há abertura para apreciação de violações de direitos não diretamente constitucionais, ou seja, a despeito de intermediação legislativa.

Admite-se a apreciação de violação de direito constitucional por lei anterior à vigente Constituição.⁵⁶ Além destas, as normas já revogadas.⁵⁷ Também se aceita por meio da ADPF pleitear-se a declaração da constitucionalidade de leis estaduais e municipais que, ao ser desconsideradas pelas instâncias ordinárias a pretexto de inconstitucionalidade, pela via difusa, gerem violação de preceitos fundamentais.⁵⁸

Também se tutela, por esta via, a lesão decorrente de mera interpretação judicial, subsidiária do Recurso Extraordinário, além da contrariedade da Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal ou fundada em falsa base legal.⁵⁹ Enquadram-se também os atos infra-legais e as situações geradas na vigência de Medida Provisória rejeitada.⁶⁰

Apesar de todo este incremento, a máquina judiciária ainda reclamava soluções mais efetivas, e uma postura ainda mais destacada da Corte no papel de Tribunal Constitucional. Tais reclames foram cada vez mais sentidos pelo próprio Supremo, o qual passou a adotar medidas visando equacionar a questão. É o que passaremos a estudar no próximo capítulo.

relação entre normas de mesma autoridade.

⁵⁵ Convertido posteriormente em parágrafo primeiro sem alteração de texto.

⁵⁶ Para irretocável exposição do instituto, ver MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007. A possibilidade aqui referida está tratada nas p. 56 e ss.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 78.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 72. Observe-se que a lei 9.868 prevê a ADC apenas para leis federais.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 72-3.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 78, 84.

4 AS INOVAÇÕES NA SISTEMÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA CORTE

Sumário: 4.1. Introdução ao capítulo. 4.2. As inovações.

4.1 Introdução ao capítulo

Como se expôs na seção anterior, o sistema de controle tradicional desenvolvido no Brasil gerou alguns pontos de estrangulamento. Abriu demais a porta para a inundação de acessos à Corte, de um lado, e não permitiu a contemplação de outras questões importantes pela mesma, de outro. Dessa forma, enquanto certas questões ficam à revelia da apreciação da Corte, deixando de certa forma desamparada a sociedade (não totalmente já que a via difusa recebe praticamente todos os tipos de alegação), outras de menos importância, de caráter muito mais burocrático, protelatório e mecânico, invadem o Tribunal com tarefas de menor elaboração.

Tal situação reivindicava solução mais racional. E ela, ao longo dos anos em que se experimentou a atual Constituição, foi sendo desenvolvida. Temos uma série de alterações dignas de profundas investigações doutrinárias e pragmáticas acerca dos efeitos e conseqüências jurídicas e práticas. Passemos ao estudo do novo panorama no qual se insere a jurisdição constitucional brasileira.

4.2 As inovações

Num dos primeiros passos na tentativa de racionalizar o trabalho de julgamento dos Recursos Extraordinários, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu o requisito do pré-questionamento da matéria constitucional na esfera ordinária do processo. O entendimento pacificado está expresso nas súmulas 282 e 356. Por elas, é explicitado que é inadmissível procurar a tutela da Corte pela via difusa, se esta tutela não foi buscada pela parte nos graus anteriores, ou ao menos no grau imediatamente abaixo. Com isso, não se inclui, em regra, o julgamento de Recurso Especial.

Relembre-se que, como questão de direito, não há preclusão da *quaestio iuris*, como explicitado acima, ao tratar das características da via difusa do controle. No entanto, doutrina e jurisprudência manifestam que, em virtude de outras razões, deve-se receber com cautela as alegações de inconstitucionalidade apresentadas de forma inédita perante o Supremo.⁶¹ Também quanto às alegações feitas por ocasião do Recurso Especial no STJ são recebidas de forma parcimoniosa. É que, pelo fato de se prever o cabimento simultâneo de Recurso Extraordinário e de Recurso Especial, se havia questões constitucionais violadas anteriormente ao julgamento pelo STJ, tais deveriam ter sido objeto de Recurso Extraordinário no momento correto. Houve decadência do direito ao extraordinário.⁶² Ressalva-se violações à Constituição exercidas pelo próprio STJ.

Outra restrição que se passou a impor foi que a violação reclamada no RE fosse direta à Constituição, e não reflexa. Reflexa é aquela violação à Constituição que, para se configurar, exige confronto prévio da legislação comum com o texto constitucional. Direta, é a violação à Constituição em si, suas regras ou princípios imanescentes. No entanto, a Segunda Turma do STF tem excepcionado sua jurisprudência para admitir que graves violações ao princípio do devido processo legal e ao da legalidade justificam o controle pela via extraordinária.⁶³

⁶¹ Neste sentido o que se encontra no RE 117.805-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Ver em STF, *DJU*, 27 ago. 1993, p. 17022; STF, *DJU*, 24 jun. 1994, AgRg no AI 145.589-RJ.

⁶² Ver a elucidativa exposição feita pelo Ilmo. Min. Pertence no mesmo acórdão referido acima, em AgRg no AI 145.589-RJ.

⁶³ Com isso, procura a Segunda Turma uma forma de relativizar de forma racional o disposto na Súm. 636, *in verbis*: “Não cabe Recurso Extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Realmente é lâmina de dois gumes a situação na qual a Corte se encontra em tempos de constitucionalização da justiça. Tendo a comunidade jurídica disseminado o sentido constitucional a todo tipo de relação jurídica, e tendo a própria Carta se dedicado a tratar de tantos assuntos, muitas demandas podem se caracterizar como ofensa à Constituição, pela via indireta. No entanto, pelo mesmo motivo, neste modelo de Constituição programática, tudo o que a *Lex Mater* se propôs a prever está ganhando revestimento legislativo, para melhor desenvolvimento das matérias. Há que se observar o bom senso jurídico ao delinear as distinções entre um caso e outro.

Inovação significativa foi a introdução, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, da necessidade de comprovação da ‘repercussão geral’ para propositura do Recurso Extraordinário. O dispositivo foi inserido como novo parágrafo do art. 102.

A Constituição, propositadamente, utilizou-se de um termo jurídico aberto. Quis deixar ao arbítrio de lei posterior específica, e do Tribunal por meio de seu Regimento Interno, a definição dos limites do conceito. A lei que regulou a matéria, nº 11.418 de 2006, ao incluir o art. 543-A no Código de Processo Civil, não explicitou significado muito maior, nem as alterações regimentais. Fica assentado, portanto, que o sentido da expressão ‘repercussão geral’ será definido pelo próprio Tribunal, em sua atividade de apreciação dos recursos.

Define o novel art. 543-A que haverá repercussão geral em duas hipóteses: a) questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa; b) quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, sempre.

Dessa forma, o Estado, por meio do Constituinte derivado, e o Supremo em particular, mostram uma tendência importante de ser observada, no sentido de vindicar para esta Corte seu caráter originário de tutelar a Constituição e o Estado de Direito de uma perspectiva macroscópica.

Cass Sunstein defende, neste sentido, o que é chamado pelo autor de ‘minimalismo judicial’⁶⁴: a Corte deveria, além de evitar a análise de certas causas muito novas e ainda não maduras no contexto social e de debate democrático, dar preferência a emitir mais decisões pontuais e de maior significado, ao invés de arcar com uma atribuição hercúlea de revisar irrestritamente a análise de constitucionalidade já realizada pela via difusa por meio dos órgãos judiciais ordinários.

⁶⁴ Cass Sunstein, *One case at a time – judicial minimalism on the Supreme Court*, 2001, citado por BARROSO, Luís Roberto. *in Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed., São Paulo, 2008, p. 103.

Em palestra recentemente proferida em homenagem aos vinte anos da Constituição⁶⁵, o prof. Cláudio Neto abordou a importância de uma atitude de ‘auto-restrição’ do Supremo em determinadas causas cujo debate social ainda não está amadurecido, pronto para uma apreciação analítica por parte da Corte. Quando houver casos onde se manifestar muitos interesses antagônicos, o Supremo deve buscar informações de todos os grupos envolvidos, por meio de participação dos mesmos no processo decisório, através de institutos como o *amicus curiae*, mas ainda assim deve ser cauteloso em seus pronunciamentos. Citava, na ocasião, os casos dos julgamentos da ADPF 54/DF (feto anencéfalo) e da delimitação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (consistente em diversos processos).

Assiste-se, na verdade, a uma progressiva ponderação entre dois importantes princípios: o do acesso à justiça, e o da reserva do possível. O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que define, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos. O insigne jurista Gilmar Ferreira Mendes, ao dissertar sobre “Direitos fundamentais enquanto direitos a prestações positivas”, assim se posicionou sobre o tema em questão:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (‘Vorbehalt des finanziell Möglichen’). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre ‘*numerus clausus*’ de vagas nas Universidades (‘*numerus-clausus Entscheidung*’), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à ‘reserva do possível’ (‘Vorbehalt des Möglichen’).⁶⁶

Assim, mesmo não sendo uma atividade de prestação de serviço público típica como aquelas advindas do Poder Executivo, a atividade jurisdicional (inclusive a da Corte Constitucional) é uma atividade Estatal, e para tanto, depende de recursos financeiros disponibilizados para ela. Mais que isso: recursos humanos. Não é de fácil obtenção juristas da envergadura necessária para ocupar tão alta posição na relação de poderes do Estado. E, além disso, não é de interesse, nem mesmo constitucional, que a Corte possua um grande número de juristas. Se fosse o caso, seria possível a criação da mesma nestes moldes, como

⁶⁵ A palestra foi conferida em 12 de junho de 2008 na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. As matérias discutidas na palestra foram postadas no sítio <http://www.supremoemdebate.blogspot.com/>. Acesso em 14 de junho de 2008.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, in **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na Ordem Constitucional**, publicado na Revista Jurídica Virtual Nº 14 – Julho de 2000, no endereço eletrônico http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm.

foi com o Superior Tribunal de Justiça, de composição significativamente maior.⁶⁷ Pode-se especular um dos interesses em uma Corte Constitucional menor: sendo sua função, intrinsecamente, a de ser um Tribunal de pronunciamentos de grandes efeitos, duas coisas são necessárias: que não se precise sobrecarregá-lo com grande volume de casos de menor nível de discussão jurídica, e que os fundamentos e votos das opiniões dos membros sejam veiculados para construção do pano de fundo das diretivas da Corte. Assim, no caso de um órgão com grande número de integrantes, as razões se perdem, dando lugar à decisão em si; e abre-se a porta para maior volume de trabalho.

Pois bem, está se vislumbrando uma verdadeira ponderação de interesses entre o princípio do acesso à justiça, consagrado, necessário e em franco desenvolvimento, e este que abordamos acima. Pretende o STF, afirmar sua posição de órgão de cúpula⁶⁸, distanciando-se cada vez mais do papel de ‘terceiro grau de jurisdição’ e de tribunal de revisão que a ele se quis impor por meio do agigantamento do sistema de controle difuso.

Não por outra razão a Constituição e o STF vêm pretendo mudar esta visão. Em texto de singular clareza⁶⁹, o mestre Gilmar Mendes, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, analisou aspectos de relevo na alteração de perspectivas sobre a jurisdição constitucional pós-1988, como se vê no excerto:

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

A amplitude do direito de propositura fez com que até mesmo pleitos tipicamente individuais fossem submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade.

É neste contexto que se colocam as mudanças observadas na sistemática de controle presente entre nós. Ainda no mesmo texto, Gilmar Mendes explicita que a nova Constituição

⁶⁷ um mínimo de 33 ministros, conforme o art. 104 da CFRB 1988.

⁶⁸ Barroso explicita, na obra citada, à p. 102, que esta é uma forte tendência que se observa no direito comparado, reduzindo a atuação das cortes a um número reduzido de causas de relevância transcendente. Comumente se utiliza de mecanismos que conferem certa discricionariedade à Corte para deliberar quais causas vão julgar. No intuito de concentrar os esforços da mesma nos temas fundamentais, evitando que a capacidade de trabalho do Tribunal seja consumida por uma infinidade de questões menores, repetidas à exaustão, muitas vezes. Na ocasião, exemplifica com o *writ of certiorari* americano e com a queixa constitucional alemã.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. Internet, Brasília, 27 de maio de 2008. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em 12 de junho de 2008. O trecho aparece na p. 6.

já trazia no seu espírito as sementes que futuramente germinariam nessa evolução. Confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Carta, conferindo-lhe autonomia institucional (desconhecida na história de nosso modelo constitucional anterior), buscando também assegurar a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, além da autonomia funcional dos magistrados. O princípio da proteção judicial efetiva passou, assim, a configurar a pedra angular do sistema de proteção de direitos.

A ênfase mencionada pelo Ilustre Ministro e mestre jurídico, dada pela nova ordem constitucional ao aspecto concentrado do controle se manifesta em outras medidas. Uma das mais interessantes é a que se encontra nos novos dispositivos do Código de Processo Civil postos no art. 543-B, introduzido pela lei 11.418 de 2006, ainda no âmbito da ‘repercussão geral’. Como se lê:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Com tal disposição, e analisando-se também o contexto dos outros parágrafos do artigo, percebe-se uma clara intenção na busca pelos efeitos *erga omnes* dos pronunciamentos do Supremo. E isso, até mesmo, no âmbito do controle difuso, o que constitui uma inovação de enorme significado. Tende-se, com isto, a atender aos reclames de decisões padronizadas, estandardizadas, para os processos subjetivos da via ordinária. Pode-se questionar se com este dispositivo não há de se violar o princípio esculpido no inc. XXXV do art. 5º da Constituição – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A postura do Supremo, no entanto, é a de reafirmar sua vocação para Corte Constitucional, não para funcionar como um órgão de revisão máxima, um ‘terceiro grau’ de jurisdição. Ao contrário, pelo fato de tal possibilidade de livre acesso ao STF pelo recurso extraordinário como fora concebido primariamente, vislumbrou-se um verdadeiro mau uso da via do recurso extraordinário, como uma forma protelatória utilizada pelo perdedor da lide para evadir-se aos efeitos da sentença, trazendo ainda como consequência a sobrecarga irresolúvel de processos impedindo o melhor funcionamento da Corte.

O mestre Gilmar, ao continuar sua defesa da nova configuração dos procedimentos da via difusa, menciona que

A fórmula adotada para o recurso extraordinário no âmbito dos juizados especiais federais foi estendida para os recursos extraordinários regulares, nos quais se discutam matérias repetitivas ou os chamados “casos de massa”. Esse novo modelo legal traduz um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento passa a assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.⁷⁰

Com esta nova sistemática, será mais fácil que o STF obtenha junto ao Senado a retirada da lei do ordenamento jurídico, posto que decidirá os casos em blocos. Mas, a rigor, a utilidade desta medida está se tornando cada vez mais distante. É o que se pode observar com os parágrafos terceiro e quarto do referido artigo do CPC:

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los **prejudicados** ou **retratar-se**.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, **cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada**. (grifos nossos).

É surpreendente a inovação trazida pela norma em tela, que intenta conferir ao Supremo autoridade para utilizar-se das decisões nestes casos como verdadeiros precedentes, nos moldes do *stare decisis* da *common law*. Veremos que se soma a isso, também, a introdução do instituto da súmula vinculante ao sistema judicial brasileiro. Tais novidades, apesar de causarem um inicial assombro, trazem uma tendência à verdadeira racionalização do serviço da Corte. Como mencionado, o sistema na forma que foi implantado no Brasil dava ensejo a errônea utilização, dando guarida a verdadeiras empreitadas da litigância de má-fé. Além disso, parece à Corte e à doutrina que, pelo caráter estritamente idêntico que permeia muitos dos casos que inundam as atividades do Tribunal, será pragmática e econômica a medida, buscando satisfazer aos anseios jurídicos positivados no princípio da razoável duração do processo e da economia processual.

Isso é reforçado nas novas sugestões propostas pelo atual Presidente da Suprema Corte brasileira. Gilmar Mendes tem sugerido o efeito vinculante imediato das decisões do Supremo na via difusa do controle. Com este termo, quer-se fazer referência à desnecessidade de solicitar que o Senado retirasse a lei julgada inconstitucional. Tal medida seria mais um

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. Internet, Brasília, 27 de maio de 2008. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em 12 de junho de 2008. O trecho aparece na p. 4.

acréscimo ao já disposto pela lei 11.418 de 2006. É de interesse trazer a opinião do ilustre jurista, esboçada em recente entrevista de que participou⁷¹:

Propus que nós encerrássemos esta fórmula vetusta, a meu ver, da suspensão de execução da lei inconstitucional pelo Senado. No controle incidental, o Supremo comunica a decisão ao Senado e o Senado suspende a parte considerada inconstitucional da lei - e aí sim, a decisão passa a valer para todos. Esta foi uma fórmula engenhosa adotada em 1934, mas que está totalmente ultrapassada no atual contexto constitucional, em que uma cautelar em Adin tem eficácia "erga omnes" (validade para todos) e uma decisão do pleno do Supremo, às vezes por unanimidade, depois de anos de tramitação do recurso extraordinário e do processo na Justiça, não tem. Sugeri que nós passássemos a adotar a idéia de que ao Senado só cabe publicar a decisão, mas que ela valeria a partir da declaração de inconstitucionalidade do Supremo'.

Vale ainda ressaltar uma outra questão doutrinária importante. Levanta-se na doutrina certa comparação entre o instituto da repercussão geral e uma antiga arma da época do governo ditatorial: a argüição de relevância. Tal semelhança foi suscitada, inclusive, por outro expoente jurídico de peso: o ex-ministro do STF Sepúlveda Pertence. Em outra recente entrevista⁷², o jurista menciona que o novel instituto “ressuscita a Argüição de Relevância, que já existia”.

Aqui importa trazer lições do mestre Luís Barroso, em defesa da distinção entre os institutos:

Sob a Constituição anterior, prevaleceu a tese de que a argüição de relevância não ostentava natureza tipicamente jurisdicional, sendo antes **questão política**. Disso decorria a apreciação em sessão administrativa secreta e a ausência de fundamentação, características que não poderiam ser repetidas no mecanismo atual em razão das regras contidas no art. 93, IX, da Constituição (publicidade das decisões do judiciário).⁷³

Se insere neste contexto o advento da Súmula Vinculante. Também inspirada nos modelos da *common law*, a súmula vinculante pretende também uniformizar o entendimento acerca de determinada norma. Prevista no art. 103-A da Constituição, inserido pela Emenda 45 de 2004, o novo instituto difere da antiga súmula justamente pelo fato de ser vinculante: a anterior apenas dava a diretiva para os órgãos do poder judiciário, os quais, pelo princípio do livre convencimento, poderiam deixar de seguir a prévia orientação. Já este novo modelo

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **A revolução silenciosa no Supremo Tribunal Federal**. Valor Econômico, edição de 18 de outubro de 2007. Disponibilizada no sítio <http://www.supremoemdebate.blogspot.com/>. Acesso em 12 de junho de 2008.

⁷² PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. **Limite de poder – Sepúlveda Pertence desconfia de inovações no STF**. Matéria veiculada no sítio <http://www.supremoemdebate.blogspot.com/>. Acesso em 12 de junho de 2008.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., à p. 106-7

prevê expressamente e constitucionalmente que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário e da administração pública direta e indireta, nos três níveis de entes federativos. Exclui, sabiamente, da vinculação o legislativo, que poderá modificar leis e emendar a Constituição para alterar a perspectiva jurídico-legal acerca da matéria. Exclui também, o próprio STF, na medida em que menciona a vinculação aplicada aos ‘*demais órgãos*’.

Outras duas questões que estão no seio do debate social, sobretudo na comunidade jurídica, são duas atitudes que o STF tem passado a adotar face às decisões de inconstitucionalidade. Uma delas é a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A outra é a chamada ‘sentença aditiva’, adotada, em regra, no controle da inconstitucionalidade da omissão legislativa.

A modulação temporal adotada pelo Supremo tem base legal. É vista no art. 27 da Lei 9.868 de 1999, a lei que trata da ADI e da ADC. Está disposto:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Esta disposição modifica a visão tradicional adotada pelo modelo brasileiro de jurisdição constitucional, baseado na teoria da nulidade do ato incompatível com a Lei Maior. Não é nova, a adoção desta medida, como se pode ver na abordagem de Barroso ao tema, quando cita precedentes desde a década de 1980 relativizando os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.⁷⁴

Ainda na frutífera entrevista concedida pelo Exmo. Presidente da Corte Suprema, o mestre emite sua opinião de que, na verdade, a teoria da nulidade tem um componente forte de ficção jurídica – escolha de política normativo-jurisdicional, diríamos. Pois é como a tese se afigura, posto ser alvo de importantes ponderações do ponto de vista doutrinário, a exemplo das impecáveis lições de Kelsen sobre o assunto. Sucintamente, expunha o jurista austríaco que uma das mais claras razões para que o efeito da decisão da Corte fosse *ex nunc* é o fato de que, por emanar de órgão legitimamente posto, e por ter presunção de constitucionalidade, a lei produziria, obviamente, diversos efeitos na vida prática da sociedade. Desfazer esses efeitos poderia trazer o caos jurídico.

⁷⁴ A referência é ao acórdão do RE 78.533-SP, publicado em STF, *RTJ*, 100: 1086, 1982; rel. Min. Décio Miranda. Está à p. 118 da obra citada do autor.

Rebatida por outras razões de igual (ou maior) peso jurídico, a teoria da nulidade não pode deixar de reconhecer, ainda assim, as profundas implicações que resultarão de sua aplicação imoderada.

É buscando tutelar esse princípio, numa atitude de responsabilidade institucional, que o STF vem procurando encontrar o ponto de equilíbrio acerca dos efeitos de suas decisões.

Anote-se, por oportuno, que a modulação de efeitos pode-se dar em algumas situações diferentes. Uma delas é quando a decisão versa, de forma inédita, sobre a compatibilidade entre uma norma e a Constituição em seu espírito original. Dependendo do momento da edição da norma, a mesma pode ter produzido muitos efeitos de relevo, o que não deveria ser objeto de alteração arbitrária. Outra hipótese é aquela inconstitucionalidade superveniente, que se dá após emenda produzida pelo constituinte derivado. Aí se faz mais lógica a modulação dos efeitos, posto que a inconstitucionalidade não existia até a posterior reforma, e sua existência deve ser tutelada, a bem da segurança jurídica. Terceira possibilidade é a inconstitucionalidade por mudança de parecer da própria Corte. Isto se deu no caso da avaliação da progressão de regime dos presos por crimes hediondos. Deve-se conferir à Corte a possibilidade de rever seus julgados e mudar sua posição, captando a evolução juridicamente saudável da sociedade, sempre se atendo à função de contramajoritário já exposta. Mas tal mudança deve-se encarar com cautela, e seus efeitos, devidamente tratados. Especulando-se, deve ser analisado se a pretérita visão da Corte não terá sido um erro jurídico ou mesmo uma violação da forma democrática de deliberação daquela. No caso de não o ser, deve-se considerar, na mais das vezes, que a mudança reflete uma evolução do pensamento jurídico-constitucional e cultural superveniente, não alterando os efeitos causados pelo anterior posicionamento jurisprudencial.

Por fim, tratemos da chamada ‘sentença de perfil aditivo’.

Considerada uma das mais surpreendentes alterações jurídico-conceituais operadas na atuação da Corte nos últimos tempos, esta nova forma de encarar a inconstitucionalidade da omissão está causando perplexidade e deliberações por toda a comunidade jurídica.

O caso se impõe, em regra, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIo) e Mandando de Injunção (MI), as duas ações criadas para tutelar a omissão inconstitucional do legislador ou de qualquer outro órgão estatal a quem a Constituição designa a competência para normatizar um determinado direito, o qual não se exerce sem tal regulação.

Originalmente, o problema era posto da seguinte forma: preliminarmente, a Corte fixou entendimento de não poder substituir o legislativo, inovando no universo jurídico de

normas com suas diretivas. A única função cabível a essas duas ações, pelo princípio da separação dos poderes, seria a de dar ciência ao órgão constituído em mora, para que ele mesmo a suprisse⁷⁵. Nem seria o caso de fixar prazo para o adimplemento da obrigação constitucional de legislar sobre a matéria⁷⁶, a não ser em caso de autoridade administrativa, por ter sido expressamente previsto no art. 103 § 2º da Constituição a fixação do prazo de trinta dias.

Em ações subseqüentes, o entendimento da Corte progressivamente evoluiu. É o caso do MI 283-5-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, onde se estipulou prazo para satisfação do dever de legislar, sob pena de se reconhecer aos impetrantes faculdade de obter da União a ‘reparação devida’. Esta devida reparação não foi, contudo, definida pela própria Corte, ainda evitando a polêmica questão de substituir o legislador.⁷⁷ No MI 232-1, o Supremo pôde ousar mais: o pleito requeria o direito à isenção de certo tributo, direito este que só se daria de acordo com as normas estabelecidas em lei. Em decisão datada de 1992, a Corte assentou que, não sendo cumprida a exigência no prazo, automaticamente haveria o gozo da isenção por parte da impetrante. Não houve grandes necessidades de inovar em matéria de normas, mas a atitude já mostrou caráter mais ofensivo.

As sentenças de grande impacto têm se mostrado mais recentemente. Caso emblemático é o da questão da greve dos servidores, onde se vislumbrou inadmissível omissão legislativa desde a promulgação da Carta. Se basearam os pleitos no art. 37 inc. VII, que sujeitava o exercício do direito de greve dos servidores a lei regulamentadora. O histórico do posicionamento pretoriano sempre foi no sentido da negativa ao suprimento da lacuna legal. Mas, no julgamento dos MI de nº 670, 708 e 712, realizado em conjunto no dia 25 de outubro de 2007⁷⁸, o Tribunal mudou sua posição, optando pela aplicabilidade analógica da lei de greve dos empregados da iniciativa privada (Lei 7.783 de 1989), até a edição de lei própria para a categoria. A decisão optou também por se fazer aplicável a todos os servidores, afastando em caráter geral os efeitos da omissão legislativa.

⁷⁵ Vide os acórdãos do MI 191-0-RJ, de 1990, rel. Min. Celso de Mello e MI 284-DF de 1992, rel. Min. Marco Aurélio. A princípio, a doutrina distinguiu a destinação das duas ações: a ADI se prestava a averiguar de forma abstrata a omissão e, tendo a constatado, dar ciência ao órgão competente; o MI serviria para resguardar direitos individuais prejudicados pela omissão, e, após constatá-la, deveria o juízo suprir a falta e satisfazer o direito violado do impetrante. O STF não assumiu esta postura pró-ativa.

⁷⁶ STF, *RTJ*, 146:424, 1993, ADIn 529-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁷⁷ A ação versava sobre uma reparação a que fariam jus os cidadãos afetados por atos discricionários do Min. da Aeronáutica imediatamente após o movimento de 1964, na forma de lei. Evitando legislar, a Corte encaminhou os pleitos à seara ordinária, determinando que se pleiteasse o direito “pela via processual adequada”. Acórdão publicado em 1991.

⁷⁸ Relatoria dos Eminentes Ministros Maurício Corrêa, Gilmar Mendes e Eros Grau, respectivamente. A publicação no *DJU* deu-se em 6 de novembro do mesmo ano.

Esta seria a sentença de perfil aditivo: quando o STF integra o direito constitucional do indivíduo, violado pela omissão do Poder Estatal designado para regular a questão, nem que para isso precise, ele mesmo, buscar formas de normatizar provisoriamente a matéria.

O avanço, assim, é sensível. E polêmico.

Primeiramente, é defendido por ampla camada da doutrina. Luís Roberto Barroso⁷⁹, por exemplo, defende a atividade da Corte ao integrar o direito lacunoso enquanto o Legislativo não atua sobre a matéria. A jurisdição constitucional, neste ponto, não deve ser associada com violação à separação dos Poderes. Isso porque a própria Constituição instituiu o Mandado de Injunção como instrumento à disposição da sociedade para, provocando a Corte Constitucional, obter dela defesa contra o desrespeito do Legislativo à Carta Máxima. E atribuir efeito *erga omnes* à decisão temporária tomada nesta seara é simplesmente um imperativo da racionalidade e da tutela da isonomia. Em segundo lugar, o próprio Legislador é poder sujeitado à Constituição, e como tal, não cumprindo o dever advindo da norma Magna, não pode reter consigo o direito dos cidadãos envolvidos com a matéria.

Wanderley Guilherme dos Santos traz ponderações importantes publicadas em entrevista veiculada justamente no dia seguinte ao julgamento dos três Mandados de Injunção sobre a lei de greve. O exímio Mestre discorre sobre o fato da omissão em si, do ato da não edição da lei pelo órgão próprio como opção política representativa que a mesma pode subsumir. O que ele propõe se sintetiza no seguinte trecho que transcrevemos:

O trabalho dos parlamentos se inscreve em duas grandes áreas: as áreas de decisão e as áreas de não-decisão. Nenhum parlamento trata de tudo simultaneamente. As decisões efetivas, aprovando ou rejeitando algum projeto de lei, são de conhecimento direto, assim como direta pode ser a investigação sobre os motivos que as fizerem ser como são. Diferente é o que ocorre na área de não-decisão. No mínimo, há que se distinguir aquilo que não é decidido por indiferença do que não recebe legislação por ser precisamente esse o desejo do corpo parlamentar. Neste caso, há uma decisão implícita de manter o *status quo*, nenhuma indiferença.⁸⁰

De importante relevância as palavras de sabedoria do jusfilósofo. Identifica o mestre que o órgão político muitas vezes se depara com uma imaturidade da questão no seio social, requerendo soluções melhores do que as que já foram apresentadas. Cita o caso de projetos para regular a reforma agrária. A matéria teria sido objeto de diversos projetos, nenhum deles

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op.cit. p. 142.

⁸⁰ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A política de facção do Poder Judiciário**. Valor Econômico, edição de 26 de outubro de 2007. Disponibilizada no sítio <http://www.supremoemdebate.blogspot.com/>. Acesso em 12 de junho de 2008.

satisfatório ao ver do Congresso. Tal opção política deve, nas sábias palavras de Wanderley, ser distinguida de mera omissão por indiferença.

Prudente verdade, a argumentação. Ocorre, no entanto, que a própria Constituição determinou certos direitos aos cidadãos. Determinou também que tais direitos devem ser previamente regulados por lei, não lhes conferindo plena eficácia no âmbito prático. E assim, esperou do Legislativo a postura de dar efetividade àqueles direitos. Direitos constitucionais, reafirme-se. Some-se a isso que, para muitas dessas previsões, o texto constitucional estipulou, inclusive, prazo para concretização das normas.

Voltando ao Mestre Gilmar Mendes, citemos alguns argumentos utilizados pelo ilustre acerca desta nova posição da Corte, na fértil entrevista já mencionada. Aproveitamos para destacar a qualidade do ilustre, ao abordar assuntos de tal profundidade de maneira simples, compreensível até mesmo fora dos compêndios e dos livros de direito. Sua explanação traz alguns outros pontos de relevo.

Na opinião de Gilmar Mendes, a tese da competência do Tribunal para suprir as deficiências do Legislativo se torna plenamente aceitável na medida em que os poderes do Estado devem ser harmônicos entre si, devendo, portanto, trabalhar de maneira ativa para a melhor elaboração das leis na sociedade.

Defende ainda o ministro que por meio da regulação judicial de matérias no vácuo legal, as relações jurídicas pertinentes ficam claras. Estas relações já existem, mas precisam de clareza, a qual não foi conferida pelo Legislativo ao omitir-se quanto ao suprimento da necessidade constitucional imposta. Ressalte-se ainda, que diversos acórdãos e mesmo manifestações da doutrina citam o tempo decorrido desde a promulgação da Carta. De fato, em vias de completar vinte anos, torna-se cada vez mais inadmissível a ausência de regulação de matérias que o exigem, e a via que a Constituição e o Estado encontram para driblar esta dificuldade é a via da jurisdição constitucional.

Indagado sobre como o Supremo pode representar a sociedade, Mendes afirmou que enquanto os parlamentares representam a população pelo voto que recebem, o STF faz a ‘representação argumentativa’ da sociedade. A tese é do filósofo alemão Robert Alexy, para quem os tribunais corrigem distorções do Legislativo. Segundo Alexy, o Parlamento representa o cidadão politicamente e as Supremas Cortes o fazem argumentativamente.

Esta tese da representação argumentativa é de extrema relevância em todas essas inovações da Corte, sobretudo na questão das sentenças aditivas. Avançando para além da teoria do contramajoritário, a teoria da representação democrática argumentativa da Corte ensina, resumidamente, que os Tribunais Constitucionais, ao decidirem por meio de

argumentos publicamente conhecidos, tendo que convencer tanto aos ministros da Corte como à própria sociedade que recebe tais assertivas, ficam adstritos a um convencimento racional efetivo de determinadas teses. Enquanto no Congresso, por meio de angariação de votos entre os parlamentares, o que vale é vencer a disputa pela aprovação de certa medida, no Tribunal Constitucional não há esta possibilidade. É necessário o peso jurídico, ou ao menos filosófico, das teses que pretenderão se firmar.

Para tanto, alguns institutos que, pela brevidade desta monografia não puderam ser explorados com a devida profundidade, fazem concretas as participações populares nas decisões da Corte. É o caso da instigante figura do *amicus curiae* – amigo da Corte, no latim – prevista nas leis de controle abstrato de constitucionalidade (Leis 9.868 e 9.882 de 1999). Por essas leis, passou-se a admitir a manifestação de entidades da sociedade civil que exerçam atividade afim às matérias tratadas no processo constitucional. Esta manifestação visa a dar conhecimento de causa aos ministros da Corte, que julgarão a compatibilidade entre o *status* normativo presente e a Constituição, não só como texto legal, mas tomando-se o seu espírito no tocante à vida prática estabelecida naquele ambiente.

A participação efetiva de entidades no papel do *amicus curiae* nos julgamentos de alta repercussão reafirmam a legitimidade argumentativa da Corte. Casos como o da Lei da Biossegurança⁸¹ e o do aborto de feto anencéfalo⁸² contaram com a participação de setores da comunidade científica e até de entidades religiosas.

O STF vem aceitando, inclusive, a participação no controle difuso e a sustentação oral.⁸³

Assim, a jurisdição constitucional no Brasil tem realmente avançado. É de pasmar a perspectiva jurídico-política que a atividade, e a própria Corte Constitucional, vem assumindo. E não de forma irresponsável. Os critérios – políticos, no fim das contas⁸⁴ – de escolha dos ministros, associados à necessidade de alta formação técnica, geraram uma Corte que vem se mostrando digna da enorme atribuição que se põe em suas mãos: tutelar a Constituição de um Estado em formação, com um histórico de exacerbações políticas e de falta de concretude dos direitos fundamentais. As atenções de todos, órgãos políticos e

⁸¹ ADI 3.510-DF, rel. Min. Carlos Britto.

⁸² ADPF 54-DF, rel. Min. Celso de Mello.

⁸³ Quanto às duas questões, vide o *decisum* do RE 416.827, rel. Min. Gilmar Mendes.

⁸⁴ Art. 101 da Constituição: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de **notável saber jurídico e reputação ilibada**. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão **nomeados pelo Presidente da República**, depois de aprovada a escolha pela **maioria absoluta do Senado Federal**”

sociedade civil, estão voltados agora a esse processo, que promete ocupar posição fundamental na promoção do crescimento sócio-jurídico do país.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia pretendeu explorar as inovações introduzidas na sistemática de controle de constitucionalidade dos atos do Estado por parte da Corte Constitucional.

Para tal, procuramos primeiramente abordar o histórico percebido no direito comparado, com o intento de perquirir as fundamentações filosóficas, jurídicas, políticas e sociais para a postura adotada em cada ordenamento. Vimos assim, que, tendo em vista o contexto social próprio, Inglaterra e França não dispõem de sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos dos poderes políticos. Ainda assim, o funcionamento Estatal e o respeito a diretrizes básicas flui em perfeita adequação.

Estudamos também a rica experiência dos Estados Unidos da América, no qual se desenvolveu amplo debate acerca dos limites e da legitimidade da atividade da Suprema Corte e do judiciário como um todo. Procuramos expor os fundamentos do raciocínio por trás do controle constitucional difuso, desenvolvidos na secular experiência dos precedentes americanos, e da inegável influência política que exerceram, causando seus efeitos sobre a forma de atuação da Corte.

Também nos debruçamos sobre os estudos de Kelsen e a experiência da Constituição Austríaca. Trazendo as lições do mestre, visamos construir o arcabouço de conceitos e pressupostos que estrutura o complexo funcionamento do controle abstrato de normas.

Todo este pano de fundo vasto e rico serviu de base para os juristas pátrios lograrem o êxito de dar ao Brasil republicano um verdadeiro sistema de tutela do Estado e dos indivíduos contra violações aos direitos fundamentais previstos na Carta de 1891. Iniciamos pela via difusa, inspirados no modelo genialmente desenvolvido pela via pretoriana por nossos vizinhos do norte, nos idos de 1803. Gradualmente o sistema evoluiu, incrementando-se passo por passo, demonstrando uma constante tendência à busca por melhores soluções. Até que, pela Emenda Constitucional 16 de 1965, alterando a Carta de 1946, introduziu-se pela primeira vez o sistema de análise direta, geral e abstrata acerca da constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal.

Este sistema cresceu. Após uma fase de contenções políticas, decorrente do movimento militar de 1964, o movimento democrático quis valer-se, fortemente, na Constituição. E o fez, ao promulgar a Carta de 1988, garantista e ampla na conferência de

direitos individuais e na atribuição de regras próprias para o resguardo do Estado e de seus institutos contra exacerbações violadoras.

Ao procurar a via constitucional para garantir-se, a sociedade (o poder constituinte, imanente, no fundo) percebeu, sabiamente, a necessidade de proteger esta rede de normas estruturantes. Para isso, contou com a jurisdição constitucional.

Como se viu, a ampliação da legitimação ativa para provocação da via direta do controle constitucional foi deveras significativa. Entregava nas mãos de diversos órgãos representativos, alguns com caráter eminentemente extra-estatal (a exemplo da confederação e da entidade de classe), a via de tutela dos atos do Poder Público.

Como se pôde ver, no entanto, se fazia necessária uma evolução na sistemática procedimental e na atuação da Corte, visando alcançar efeitos que realmente atendessem ao clamor das necessidades constitucionais presentes. E tal evolução começou a ocorrer.

A sociedade tem observado a mudança progressiva e paulatina da atuação da Corte em casos de alta repercussão social. O quadro está em plena ebulição. Isto se torna perceptível à medida em que o Supremo ocupa, com cada vez maior frequência, as primeiras páginas dos jornais impressos, e amplas matérias dos televisivos. A sociedade tornou seus olhos para a atuação do Tribunal Constitucional, como que percebendo, ao longo desta segunda década de vigência da Carta de 1988, o despertar de uma possibilidade de resoluções que não se sabia de onde poderiam surgir. Imersa numa cultura predominantemente política, girando em torno das atuações – e das decepções frequentes – dos órgãos legislativos e executivos, a sociedade comum brasileira (não participante da comunidade jurídica) começou a perceber uma importância latente num órgão cujo poder estava ainda por ser desenvolvido e legitimado democraticamente.

O STF tem pretendido tomar esta responsabilidade institucional de forma a atender às necessidades que há muito se mostram. Para isso, tem buscado legitimar seus passos por meio da participação efetiva da sociedade em seus julgados – seja pela atuação do *amicus curiae*, seja pela possibilidade de seus debates e julgamentos serem assistidos pelos meios televisivos, viabilizando a propagação da cultura jurídica pelo meio social. Legitimados, os ministros têm buscado atuar de forma pró-ativa.

As inovações são muitas, como se pôde rapidamente vislumbrar. É o que se pode ver com o próprio *amicus curiae* e a busca pela ‘legitimidade argumentativa’ da Corte – legitimidade esta necessária para enfrentar os amplos debates que lhe são propostos. Além disso, observa-se a ampliação jurisprudencial do alcance de institutos como a ADPF e o Mandado de Injunção; observam-se também as súmulas vinculantes e uma tendência a

conferir caráter abstrato, direto e geral a processos subjetivos constitucionais (os recursos extraordinários). Gilmar Ferreira Mendes, ao referir-se a mudanças como a da nova sistemática processual dos chamados ‘recursos de massa’, testifica que o “aludido instrumento passa a assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional **objetiva**”. Percebe-se uma alteração da abordagem tradicional, meramente subjetiva, que se mostra cada vez mais inadequada às necessidades de uma sociedade cuja faceta jurídica está alcançando certo grau de maturidade.

Estamos diante de uma tendência à unificação do sistema de controle de constitucionalidade: não no sentido de termos apenas uma via para acessar a Corte. Pelo contrário, a despeito das múltiplas formas de se obter a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais (individuais, coletivos ou da ordem estatal), todo este aparato procedimental está gradualmente voltando-se a uma racionalização das atividades do Tribunal Constitucional. Isto visa a ordenar todo o judiciário na tutela da Constituição, procurando instituir e disseminar o Estado Democrático de Direito – em outras palavras, o Estado Constitucional – em todo tipo de manifestação jurídico-social que possa reclamar tal tutela. Não mais procurando sanar miríades de processos subjetivos de pequena monta; a estratégia agora é outra – procurar fazer pronunciamentos de peso jurídico aplicável a todos.

Casos emblemáticos têm despontado nos últimos anos. Cite-se o caso da revisão jurisprudencial na análise do direito de greve dos servidores: nela se pôde ver a necessidade de modulação dos efeitos temporais da decisão e a reafirmação da sentença de perfil aditivo. Semelhantemente a revisão dos precedentes relativos à progressão de regime para condenados por crimes hediondos. Outro exemplo é o caso da análise do aborto por anencefalia e a forte utilização do instituto do *amicus curiae*, buscando a legitimidade de sua atuação.

O mesmo caso se repetiu no recente julgamento da ADI da biossegurança, onde se discutiu a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco. O debate teve natureza extremamente delicada, envolvendo análises científicas, filosóficas, conceituais e mesmo religiosas. Nela e em outra série de ações de peso – aquelas versando sobre a questão da circulação do amianto⁸⁵ - outra questão vem sendo discutida: a questão da tutela da sociedade de risco.

Por tal conceito se pretende definir situações nas quais o Tribunal precisa decidir sobre matérias com potencial de gerar risco para a sociedade, visando transmutar uma situação de risco potencial desconhecido em situações de risco potencial conhecido ou de risco potencial

⁸⁵ A exemplo, as ADI nº 3356-PE e 3937-SP. Nelas, basicamente, se suscitava a constitucionalidade de lei estadual que proibia a circulação do nocivo elemento químico pelo estado, uma vez que lei federal havia previamente autorizado a atividade.

fundado, por meio de soluções que permitam agir com segurança na determinada questão.⁸⁶ O tribunal tem assumido a função e a responsabilidade de judicializar a análise do risco.

As sentenças emanadas em tais processos são dotadas de alto teor ‘nutritivo’ no que se refere aos raciocínios e debates jurídicos desenvolvidos no curso do julgamento. Tal função é de vital importância à nossa sociedade como se põe hoje, em face de questões de difícil equacionamento, e que, confiados irrestritamente às mãos dos poderes políticos, poderiam gerar graves consequências.

A sociedade ainda está ‘digerindo’ esta nova concepção de ativismo judicial da Suprema Corte. Como exemplo, veja-se a reação do Congresso Nacional à decisão do caso das células-tronco.

A discussão ainda é incipiente. Será necessário apreciar com cuidado o enorme poder conferido ao Supremo, para que a atuação do mesmo não se enverede por caminhos tortuosos, como por exemplo, o da busca pelo sensacionalismo, o da corrupção, o da falha em exercer a função contra-majoritária, dentre outros.

De todo o exposto, esta monografia pretende concluir considerando como um avanço benéfico as mudanças e transformações operadas da sistemática de controle. Elas têm condições reais de reduzirem o volume de trabalho da Corte, permitindo um trabalho racional por parte dos ministros e uma atuação mais exposta do Tribunal na tutela da Constituição. Concluimos também considerando que o acesso à justiça não ficará prejudicado, sendo satisfatoriamente suprido pelas vias ordinárias, corrigindo-se eventuais distorções pelos Tribunais de cúpula da forma própria. E, por fim, consideramos que estas medidas estão respaldadas na legitimidade constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal no tratamento das atribuições desta Corte pelo Magno Texto. Tal respaldo foi confirmado pelas ações do Poder Constituinte reformador, ao aprovar a reforma do judiciário pela Emenda 45/2004, conferindo ainda maior base normativa para as medidas da Corte. Esta legitimidade se reafirma novamente pelas medidas legislativas subsequentes e pela própria atuação dialética da Corte, expondo a estrutura intrínseca de seu funcionamento por meio da legitimidade argumentativa.

⁸⁶ A brilhante síntese é extraída do voto do Min. Lewandowski na ADI 3510-0, contra a lei da biossegurança.

REFERÊNCIAS

BITAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bitar: estudos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

BARROSO, Luís Roberto, *in* **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo, 2008.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Brasília : Ministério da Justiça, 1997.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. Princeton, Princeton University Press, 1957.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2ª ed. Campinas : Russel Editores, 2004.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade**. Internet, Brasília, abril de 1999. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_142/r142-22.PDF. Acesso em 14 de junho de 2008.

FAVOREU, Louis *in* **As cortes constitucionais**; tradução de Dunia Marinho Silva. – São Paulo : Landy Editora, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. atualizada – São Paulo : Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, *in* **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**, São Paulo : Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. Internet, Brasília, 27 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em 12 de junho de 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A revolução silenciosa no Supremo Tribunal Federal**. Valor Econômico, edição de 18 de outubro de 2007. Disponibilizada no sítio <http://www.supremoemdebate.blogspot.com/>. Acesso em 12 de junho de 2008.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. **Limite de poder – Sepúlveda Pertence desconfia de inovações no STF**. Matéria veiculada no sítio <http://www.supremoemdebate.blogspot.com/>. Acesso em 12 de junho de 2008.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A política de facção do Poder Judiciário**. Valor Econômico, edição de 26 de outubro de 2007. Disponibilizada no sítio <http://www.supremoemdebate.blogspot.com/>. Acesso em 12 de junho de 2008.

KELLY, Alfred H.; HARBISON, Winfred A. **The American Constitution – its origins and development.** Third ed. New York : W.W. Norton & Company Inc., 1963.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946.** 3ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : ed. Borsoi, 1960.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** Vol. 2, 20ª ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 28ª ed. rev. e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 5ª ed., São Paulo : Saraiva, 2007.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional da atuação do poder legislativo : visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional.** Brasília : Senado Federal, Secretaria-Geral da Mesa, 2007.

Brasil. Constituição (1988). Alfredo Canellas Guilherme da Silva (org.). **Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais.** 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos editora, 2006.