

ANDRÉA BRASIL TEIXEIRA MARTINS

IDP - BIBLIOTECA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS
INTRODUZIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A INFLUÊNCIA
DE PETER HÄBERLE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso
de especialização em Direito Constitucional do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof. Christine Oliveira Peter da Silva

Brasília-DF
2009

INTRODUÇÃO	2
1. PETER HÄBERLE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO	
1.1 Considerações preliminares.....	5
1.2 A teoria de Häberle.....	7
1.3 Os novos intérpretes constitucionais ou agentes conformadores da realidade constitucional na concepção de Häberle.....	10
1.4 A participação da Sociedade no processo de interpretação constitucional.....	11
1.5 A Sociedade Pluralista e Democrática na visão de Häberle.....	12
1.6 Críticas e objeções à teoria de Häberle: O papel da Corte Constitucional.....	14
2. A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A PROGRESSIVA CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI	
2.1 Reflexões preliminares.....	17
2.2 Retrospectiva histórica sobre a tentativa do homem de impor limites ao legislador.....	18
2.3. O surgimento dos Tribunais Constitucionais Europeus.....	21
2.3.1.O debate entre Kelsen e Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição...21	
2.4. As doutrinas que estão na base do mecanismo do controle judicial “difuso” e “concentrado” de constitucionalidade das leis.....	23
2.5 Órgãos legitimados para realizar o controle de constitucionalidade das leis.....	26
2.6. Sistema Americano: controle vinculado necessariamente à prévia existência de uma controvérsia. Relativização com a lei de 1937. Reconhecimento do interesse público no controle judicial das leis federais.....	30
2.7 Efeitos emanados da decisão judicial nos controles difuso e concentrado.....	32
2.8. Suprema Corte Americana e a questão da relevância: órgão de justiça constitucional.....	36
2.9. Tribunais Constitucionais e Suprema Corte Norte-Americana: Função criadora do Direito.....	38
3. A INFLUÊNCIA DA OBRA DE HÄBERLE NO DIREITO BRASILEIRO E A INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 9.868/99 E PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 – DENOMINADA REFORMA DO JUDICIÁRIO – NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	
3.1 Considerações preliminares.....	43
3.2 A Lei nº 9.868/99 e a positivação da figura do <i>amicus curiae</i> no Direito Brasileiro.....	44
3.3 A Emenda Constitucional nº 45 e a Súmula Vinculante.....	49
3.4 A repercussão geral como mecanismo de filtragem recursal e a objetivação do controle concreto no âmbito do Supremo Tribunal Federal	55
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional vem sofrendo, ao longo da sua história, importantes transformações em seu perfil, notadamente a partir da segunda metade do século XX, quando se inicia na Europa Continental a construção de um novo direito constitucional.

Sob esta perspectiva, verifica-se um papel de destaque ao controle de constitucionalidade, colocando o Judiciário em uma nova relação com os demais poderes constituídos do Estado, ao contrário do que ocorria anteriormente na Europa, onde, desde a revolução francesa de 1789, vigia o Estado legislativo de direito, tendo a lei, e não a Constituição, como centro do ordenamento jurídico.

A consequência desta mudança de paradigma resulta no reconhecimento da supremacia da Constituição, frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade. A Constituição passa a ser o documento primeiro do Estado, cujas normas já não se limitam a disciplinar a sua organização, mas, sobretudo, refletem os valores dominantes dessa comunidade.

A interpretação constitucional assumiu feição especial. A partir de uma visão histórica, procura-se imprimir ao texto constitucional dimensão que melhor se ajuste à realidade reinante na sociedade. Com isso, vivifica-se seus institutos, ajustando-os à conjuntura política, econômica e social.

Desta forma, já não é mais possível interpretar a Constituição utilizando-se apenas dos métodos hermenêuticos tradicionais, recorrendo-se a novos instrumentos que permita a aproximação às necessidades sociais, possibilitando, assim, a maior aplicação e concretização de suas normas.

É nesse contexto apresentado que surge a obra de Peter Häberle, constitucionalista dos mais renomados da atualidade, com suas obras sendo objeto de reflexão e debate nos mais importantes centros universitários, cuja proposta metodológica oferece alternativas para a interpretação da Constituição, ampliando o debate público dos temas constitucionais. A referida obra foi traduzida pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes, assim intitulada: “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição”.¹

¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1997.

A construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e ‘publicização.’²

A expansão sem limites da jurisdição constitucional, principalmente na Europa continental pós Segunda Guerra Mundial, há propiciado uma mistura e hibridação de modelos, com a possibilidade de combinar técnicas do controle incidental (de tipo norte americano), com técnicas de controle concentrado (de tipo austríaco-Kelseniano). Nesse novo contexto, não há mais espaço para a clássica discussão sobre a bipolaridade dos dois tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade das leis, supostamente contrapostos no passado: “Modelo Americano” *versus* “Modelo europeu Kelseniano”.

O segundo capítulo fará uma análise detalhada da tese apresentada por Francisco Fernández Segado³, sobre a universalização da Justiça Constitucional e suas consequências para os sistemas de controle de constitucionalidade dos atos do poder.

Importante mencionar, ainda, a respeito da matéria, as mudanças ocorridas na legislação brasileira, notadamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Veremos, assim, a influência que a teoria de Häberle exerceu na abertura racional da nossa jurisdição constitucional, quando da publicação da Lei nº 9868/99, que disciplinou a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade e a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões.

A Emenda Constitucional nº 45, denominada reforma do Judiciário, promulgada em 08.12.2004, também englobou uma série de providências voltadas ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, entre os quais destacamos a instituição da súmula vinculante e da repercussão geral como mecanismo de filtragem recursal. É preciso, assim, visualizar esses dois institutos em cotejo com as perspectivas assinaladas em matéria de controle de constitucionalidade, onde se procurará demonstrar que as inovações trazidas pelos diplomas legais mencionados mostram-se em sintonia com a tendência contemporânea à gradativa priorização da jurisdição de tipo coletivo, proporcionando o fortalecimento dos mecanismos

² BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 466.

³ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Ed. Del Rey, 2003.

de controle na via concentrada, e uma aproximação entre os sistemas difuso-incidental e concentrado, contribuindo para que as funções das Cortes Constitucionais sejam cada vez mais voltadas a questões objetivas, ultrapassando aquelas meramente subjetivas.



CAPÍTULO I

PETER HÄBERLE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

1.1 Considerações preliminares

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pela via de ação direta vem sofrendo, ao longo da sua história, importantes transformações em seu perfil. A principal inovação ocorrida nesse campo diz respeito à ruptura de se concentrar numa só pessoa – o Procurador-Geral da República – a iniciativa da ação direta de inconstitucionalidade.

Com efeito, com o advento da Constituição Federal de 1988, além do Chefe do Ministério Público Federal, por força do art. 103, outros órgãos ou entes também se acham legitimados a propor referida ação.

No entanto, caracterizando-se o processo da ação direta por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela sua natureza fulminante⁴, e pelo fato de que só as partes enumeradas no art. 103 da Constituição de 1988 têm o direito de acesso à jurisdição constitucional, impõe-se a abertura ainda maior desse controle de constitucionalidade, a fim de se ampliar o debate público dos temas constitucionais, trazendo para a discussão não somente os argumentos apresentados pelos constitucionalmente legitimados, mas também, admitir-se no processo interpretativo a participação de terceiro interessado, com o intuito de se pluralizar o debate constitucional.

Entramos, assim, numa segunda evolução do processo de controle de constitucionalidade, isto é, a necessidade de institucionalização de procedimentos que densifiquem a intervenção de terceiros no processo de interpretação constitucional.⁵

Isso porque, a propositura das ações diretas só se justifica diante da existência de sérias controvérsias sobre a adequação do ato normativo ao texto constitucional. Considerando que uma vez declarada a inconstitucionalidade, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível,⁶ a decisão proferida na atividade de constitucionalidade deve ser precedida de exame exaustivo do ato normativo suspeito, de

⁴ BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op.cit., p. 280

⁵ COELHO. Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. In Revista de Informação Legislativa. p. 157.

⁶ BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op.cit., p. 277

forma a mostrar aos jurisdicionados a sua conformidade ou desconformidade com a Constituição, dissipando toda e qualquer dúvida suscitada.⁷

Nessa linha de orientação, “há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica”.⁸

Parece hoje superada a idéia que recomendava a adoção do chamado método hermenêutico clássico no plano da interpretação constitucional. Como se sabe, esse modelo assenta-se em duas premissas: (a) a Constituição enquanto lei há de ser interpretada da mesma forma que se interpreta qualquer lei; (b) a interpretação da lei está vinculada às regras da hermenêutica jurídica clássica.⁹

Contra essa orientação, levantou-se a proposta de utilização da tópica, em suas diversas acepções, como método orientado ao problema¹⁰. Paulo Bonavides, parafraseando Josef Esser, nos dá uma definição precisa a respeito do método tópico:

“Pensar o problema constitui o âmago da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar. Busca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional, pelo menos o único que não engana.”¹¹

A importância de se mencionar a tópica se justifica na medida em que esse movimento vai influenciar profundamente os grandes constitucionalistas contemporâneos na busca por tornar a Constituição verdadeiro instrumento de defesa dos direitos nela inscritos, onde a interpretação constitucional deve estar cada vez mais integrada à realidade.

É nesse sentido a proposta da tópica renovadora, encabeçada pelo jurista Theodor Viehweg quando compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente.¹²

⁷ BUENO FILHO, EDGARD S. A Democratização do Debate nos Processos. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 10.10.2009.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 10 out.2009.

⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei 9868, de 10.11.1999, São Paulo:Malheiros.2001, 159 .

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei 9868, de 10.11.1999, Op. cit., p. 159 .

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Op. cit., p. 448.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Op. cit., p. 449.

A tópica, nas palavras de Paulo Bonavides “parece haver chegado assim na hora exata quando as mais prementes e angustiantes exigências metodológicas põem claramente a nu o espaço em branco deixado pela hermenêutica constitucional clássica, característica do positivismo lógico-dedutivo.”¹³

É nesse contexto apresentado que surge a obra do constitucionalista Peter Häberle, autor alemão de importantes obras do Direito Constitucional, cuja proposta metodológica recebeu a influência direta do pensamento inovador tópico. A referida obra foi traduzida pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes, assim intitulada: “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.”¹⁴

A importância de se mencionar a obra de Häberle no presente trabalho se justifica na medida em que sua teoria inovadora influenciou os juristas brasileiros quando da elaboração da Lei n. 9868/99, cujo diploma legal introduziu a figura do *amicus curiae* no direito brasileiro, ao permitir a manifestação de órgãos ou entidades, não relacionados dentre aqueles legitimados a deflagrar a ação direta, no processo de controle de constitucionalidade, conforme a seguir se verificará.

1.2 A teoria de Peter Häberle

Toda construção teórica de Häberle tem como fim, partindo de um paradigma democrático, possibilitar a abertura procedimental do processo de interpretação por meio de intervenções de segmentos organizados da sociedade civil, assentada no conceito de interpretação como um processo aberto e público. A proposta do doutrinador alemão visa a uma democratização do processo interpretativo, que já não se cinge ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos.¹⁵

Häberle inicia seus estudos fazendo uma crítica à teoria da interpretação constitucional, cuja ênfase se circunscreve a duas questões essenciais, a saber:¹⁶ - a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, e - a indagação sobre os métodos (processo de interpretação constitucional) (regras de interpretação).

Peter Häberle afirma que na doutrina constitucional contemporânea, não há maior preocupação com os participantes do processo de interpretação constitucional, conforme se pode extrair da leitura abaixo transcrita:

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Op. cit., p. 452.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica tradicional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Op. cit., p. 465.

¹⁶ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica tradicional, Op. cit., p.11

“Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso”.¹⁷

Para Häberle, a interpretação constitucional tem sido expressão de uma sociedade fechada, da qual tomam parte tão-somente os intérpretes jurídicos vinculados às corporações e aqueles participantes formais do processo constitucional. Sustenta Häberle que “se se considera que uma teoria da interpretação deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’, há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’”.¹⁸

Distingue Häberle a interpretação constitucional em sentido estrito e em sentido lato. A interpretação em sentido estrito é a interpretação que usa os métodos tradicionais enunciados por Savigny, de procedência civilista.¹⁹

A interpretação lata é a que oferece um largo terreno ao debate e à renovação, tendo sido habitualmente ignorada ou desprezada pelos preconceitos do jurista técnico, de visão formalista, que fica assim tolhido de conhecer a verdade constitucional em sua essência e fundamento.²⁰

Para Häberle, a ampliação dos intérpretes da Constituição se justifica considerando que todo aquele que vive a norma é também um legítimo intérprete, na condição de seu destinatário final, uma vez que toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.²¹

Eis as palavras de Häberle a esse respeito:

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete desta norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes

¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica tradicional*, Op. cit., p.11.

¹⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica tradicional*, Op. cit., p.11.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit., p. 466.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit., p. 466.

²¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op. cit., p. 14.

jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação constitucional.”²²

A idéia de interpretação constitucional deve ser repugnada enquanto atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se tão-somente à compreensão e à explicitação do sentido da norma constitucional. Nesse sentido, afigura-se digna de menção as palavras do Professor Paulo Bonavides, acerca do conceito de interpretação lata na visão de Häberle:

“A interpretação da Constituição na acepção lata é realmente interpretação, visto que serve de ponte para ligar o cidadão, como intérprete, ao jurista, como hermeneuta profissional. Com isso se faz juridicamente relevante a interpretação viva do cidadão em face daquela que compreende, por vias cognitivas e racionais, o jurista habilitado, a primeira impessoal, a segunda exercitada consciente e personalizadamente.”²³

A proposta até aqui apresentada, no meu entender, tem como pano de fundo permitir uma releitura da relação Constituição e realidade e constitucional, pois a ampliação do número de intérpretes é tão-somente, segundo Häberle, “uma consequência da incorporação - por todos preconizada - da realidade ao processo de interpretação.”²⁴

Isso porque, na busca por uma teoria material da Constituição, Peter Häberle entende que somente será possível encarar o tema Constituição e realidade constitucional quando no processo interpretativo se levar em consideração a exigência de incorporação das ciências sociais, das teorias jurídicos-funcionais voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar social.²⁵

Vale aqui transcrever o magistério de Paulo Bonavides que, com inteligência e clareza, soube traduzir o pensamento de Häberle acerca do conceito de Constituição, Sociedade e interpretação constitucional:

“A Constituição, pondera Häberle, é a sociedade mesma constituída ou a ordenação fundamental do Estado e da Sociedade. A interpretação da Constituição é processo aberto, ou seja, operação livre que como tal deve conservar-se. Sua compreensão há de ser a mais dilatada possível, de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais,

²² HÄBERLE, Peter. Hermêutica constitucional, Op. cit., p. 15.

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Op. cit., p. 467.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Op. cit., p. 469.

²⁵ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional, Op. cit., p.12.

venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade”.²⁶

As palavras de Häberle são elucidativas nesse sentido ao dizer que “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nelas envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional há de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.²⁷

É nesse contexto que surge a grande proposta de Peter Häberle, a abertura procedimental do processo de interpretação por meio de intervenções de segmentos organizados da sociedade civil, pois, para Häberle “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elementos cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes constitucionais”.²⁸

1.3 Os novos intérpretes constitucionais ou agentes conformadores da realidade constitucional na concepção de Häberle

Na tentativa de catalogar os grupos que compõem a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, Häberle oferece uma listagem provisória dos participantes do processo interpretativo: em primeiro lugar coloca os órgãos estatais legitimados para a interpretação (a Corte Constitucional e os órgãos de onde promanam decisões com efeito vinculante); logo a seguir fala sobre os participantes do processo constitucional (requerente, requerido, recorrente, recorrido, pareceristas, experts, peritos, representantes de interesses, grupos de pressão organizados); assinala também a opinião pública democrática (mídia - imprensa, jornalismo profissional, carta de leitores, partidos políticos, igrejas, teatros, editoras, associações de bairros); por fim, destaca ainda o papel da doutrina jurídica que acaba por dogmatizar e tematizar a problemática nos diversos campos.²⁹

Nesse passo, a ampliação do rol daqueles legitimamente aptos a interpretar a Constituição confere ao processo hermenêutico uma maior pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, onde cidadãos e grupos, órgãos estatais,

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001 p. 466.

²⁷ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p.13.

²⁸ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p.13.

²⁹ SILVA. Christine Oliveira Peter da. Interpretação Constitucional, Op. cit., p.43.

o sistema público e a opinião pública representam junto com os órgãos oficiais, novas forças produtivas de interpretação. Nesse sentido, “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.”³⁰

1.4. A participação da Sociedade no processo de interpretação constitucional

Peter Häberle nos dá um exemplo em de como a sociedade organizada pode participar de forma efetiva do processo de interpretação constitucional, mormente quando se trata de interpretar os direitos fundamentais, quando, na condição de destinatária da norma, sinaliza o modo como deve ser preenchido o âmbito de proteção daquele direito:

“Assim, por exemplo, a Corte Constitucional define o âmbito de proteção do artigo que trata da garantia da liberdade artística, *in casu*, art, 5, III, LF, com apoio na própria concepção do artista, permitindo a abertura do conceito de arte na Constituição. Também, para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito aberto de ciência deve ser co-interpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias). Em suma, deve-se indagar como os direitos fundamentais não de ser interpretados em sentido específico e, em um sentido mais amplo.”³¹

Inocência Mártires Coelho também nos dá a sua contribuição acerca da participação da Sociedade organizada na interpretação da norma. Eis as suas palavras a respeito: “Em tema de direitos fundamentais - e.g. liberdade de cátedra, de criação artística, de imprensa e de organização sindical - é de todo evidente que sem a participação dos seus destinatários, daqueles que vivenciam esses direitos, não se produz uma interpretação sequer razoável do texto constitucional”.³²

O mesmo se diga com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, como é o caso dos direitos das populações indígenas, nos termos em que são reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição do Brasil. Sem apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas - que aliás, participam do processo constituinte - o juiz não conseguirá ler esse dispositivo constitucional”.³³

³⁰

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op.cit., p. 14.

³¹

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op.cit., p. 16.

³²

COELHO. Inocência Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro*. In *Revista de Informação Legislativa*. Op. cit., p.157.

³³COELHO. Inocência Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro*, Op. cit., p.157.

No tocante aos direitos fundamentais, ensina Christine Oliveira Peter da Silva que: “Uma proposta hermenêutica adequada a garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais há que necessariamente estabelecer um mínimo de participação dos diversos segmentos da sociedade, a fim de que o intérprete possa perceber o elemento objetivo do direito fundamental a ser interpretado”.³⁴

Aqui há que se ressaltar que o elemento objetivo dos direitos fundamentais constitui a fusão de diversas concepções sobre o âmbito de proteção desses direitos. E quanto mais amplo for tal âmbito de proteção, mais necessário se faz ouvir a pré-compreensão (opinião) dos destinatários desses direitos, a fim de que se racionalize com transparência os argumentos que levarão à própria conformação desse direito fundamental no meio social.³⁵

Assevera Christine Peter da Silva que “está-se aqui a tentar justificar a importância, e mais do que a importância: a imposição de que se busque na sociedade civil (organizada, é óbvio) as influências, as expectativas, as objeções e as concepções comuns para a conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais”.³⁶

Um exemplo de como a proposta de Häberle foi aplicada entre nós, diz respeito ao processo demarcatório de terras indígenas na Amazônia, cujo processo suscitou dúvidas na exatidão de seus limites. Nesse caso, foram trazidos aos autos estudos realizados por grupos antropológicos ligados aos índios, bem como estudos relativos ao uso da terra pelos fazendeiros, o que muito contribuiu para um melhor esclarecimento da matéria.³⁷

1.5. A Sociedade Pluralista e Democrática na visão de Häberle

A legitimação do novo processo interpretativo da Constituição assenta-se na organização pluralista e democrática da sociedade.

O pluralismo, entende Häberle, seria a participação do maior número possível de interessados na interpretação de uma norma, de forma a adequá-la à realidade, considerando que a interpretação constitucional deve ser um processo aberto e por isso mesmo, sujeito a interpretações diversas, contrariando, desta forma, a ideologia da subsunção.

Com respeito aos horizontes e perspectivas do pluralismo, são valiosos os esclarecimentos de Häberle:

³⁴ SILVA. Christine Oliveira Peter da. Interpretação Constitucional, Op. cit., p.43.

³⁵

SILVA. Christine Oliveira Peter da. Interpretação Constitucional, Op. cit., p.43.

³⁶

SILVA. Christine Oliveira Peter da. Interpretação Constitucional, Op. cit., p.43.

³⁷ PET 3388/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 25.9.2009.

“O pluralismo se torna um denominador comum, no qual o Estado da Constituição livre do Ocidente encontra seu tipo: uma teoria democrática da Constituição é em si e por si pluralista num duplo sentido: sua teoria da Constituição combina com uma teoria científica e social do pluralismo e permanece como tal se contrapõe ao modelo clássico de interpretação, cuja atividade interpretativa dirigia-se tão-somente à compreensão e à explicitação do sentido de uma norma, pois aqui é necessário perquirir acerca tem como objetivo alargar o conceito de hermenêutica para nele incluir conceitos dificuldade de se considerar no processo interpretativo somente aqueles legitimados oficialmente diz respeito à superficialidade com que a investigação realista é tratada, pois para determinados temas, impõe-se a ampliação do conceito de hermenêutica para nele abranger os conceitos sociedade civil como um todo.”³⁸

Ainda sobre esse alargamento extremo, que faz de todos no pluralismo democrático da sociedade aberta, a um tempo objeto e sujeito da ordem constitucional³⁹, observa Häberle de forma convincente:

“A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a conseqüência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas do law in public action.”⁴⁰

Para Häberle “a ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito”, por isso, “no Estado constitucional

³⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op. cit., p. 38.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit., p. 466.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op. cit., p. 30

democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia)".⁴¹

Nesse diapasão, o grande constitucionalista se refere ao 'Povo' não apenas "como um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão." Mas 'Povo' assevera Häberle "é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão".⁴²

Vale a pena registrar mais uma vez o magistério de Paulo Bonavides quando diz que "a democracia de Häberle, sensível a uma espécie de metodologia tópica e concretista, a que serve de escudo, não é a do povo-massa, absoluto, possuidor de um novo gênero de Direito divino, mas a do povo-cidadão, artífice de uma democracia de cidadãos".⁴³

Com essa soberania do cidadão, acentua, "Häberle principia por onde Rousseau acabara, ao esfacelar a soberania numa vasta multidão de titulares parciais desse poder supremo, conferindo a todos igual direito de participação e fazendo de cada um titular legítimo de uma parcela da autoridade soberana".⁴⁴

1.6. Críticas e objeções à teoria de Häberle: o papel da Corte Constitucional

A principal crítica e única merecedora de nossa análise, considerando os objetivos deste estudo, reside na pluralidade de interpretações que a Constituição poderá ter se se abrir o processo interpretativo como preconiza o doutrinador alemão. Eis as palavras de Häberle neste sentido: "Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá 'dissolver-se' num grande número de interpretações e de intérpretes."⁴⁵

Uma teoria da Constituição que se pretende unificadora, a partir do unanimemente aceito de 'unidade da Constituição' não pode fugir a tal crítica, uma vez que a pluralidade de intérpretes pode ruir todo o edifício construído acerca da unidade da Constituição.⁴⁶

Ao analisar a teoria do doutrinador alemão nesse aspecto, a Professora Christine⁴⁷ nos explica que: "Häberle propõe, para salvar a sua tese, uma relativização da interpretação

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op. cit., p. 36.

⁴² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op. cit., p. 37.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Op; cit., p. 471.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit., p. 471.

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op. cit., p. 43.

⁴⁶ SILVA. Christine Oliveira Peter da. *Interpretação Constitucional*, Op. cit., p.42.

jurídica a partir de um discurso mais aberto entre os intérpretes da Constituição, o que, em última análise, sustenta a base fundamental de suas proposições: a interpretação constitucional continuará sendo realizada pela Corte Constitucional, porém todos os cidadãos são potencialmente intérpretes aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.⁴⁸

Na realidade, o juiz continua a interpretar a Constituição oficialmente, mas agora, com a sua atualização pública. Vejamos o que diz Peter Häberle a esse respeito:

“Na posição que antecede a interpretação constitucional jurídica dos juízes, são muitos os intérpretes, ou melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de participante do processo constitucional relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição com sua a sua atualização pública”.⁴⁹

E aqui vale registrar o magistério de Gilmar Ferreira Mendes acerca do papel desempenhado pela Corte Constitucional. Segundo seu entendimento, a Corte há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional:

“Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador. O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência, devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos intérpretes da Constituição da sociedade aberta. Eles são os participantes fundamentais no processo de trial and error, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou

⁴⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Interpretação Constitucional*, Op. cit., p.44.

⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op. cit. p. 43.

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Op. cit. p. 41.

subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto”.⁵⁰

Pertinentes as palavras de Christine Peter da Silva que, ao fazer uma análise geral da obra do autor alemão diz que “a principal contribuição da teoria de Häberle foi no sentido de abrir à discussão o processo de interpretação constitucional, desgastado pela doutrina tradicional de regras e métodos, e deste diálogo resultar conseqüências para a interpretação constitucional. A intenção foi provocar reflexão, a fim de que as funções exercidas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, pelo Governo, pela oposição, pudessem resultar na melhor interpretação constitucional possível para a sociedade como um todo”.⁵¹

Com efeito, a evolução da jurisdição constitucional, após a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas⁵², dando início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica.⁵³

Nesta esteira de pensamento, o segundo capítulo irá analisar a evolução e universalização da justiça constitucional e suas implicações nos sistemas de controle de constitucionalidade e a conseqüente mudança de postura do Judiciário, que passa então a desempenhar, juntamente com o Legislativo, um papel importante na interpretação e concretização das normas constitucionais.

⁵⁰

MARTINS, Yves Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. *Comentários à Lei 9868*, de 10.11.1999, Op. cit., p. 164.

⁵¹

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Interpretação Constitucional*. Op.cit., p.44.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Ed. Saraiva, 2009, p.245

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit. p. 245

CAPÍTULO II

A PROGRESSIVA CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

2.1 Reflexões Preliminares

Este capítulo tem como objetivo, conforme anteriormente mencionado, fazer uma análise da tese apresentada por Francisco Fernández Segado,¹ sobre a universalização da justiça constitucional, com a progressiva convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade americano e europeu-Kelseniano.

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle.⁵⁴

A enorme expansão da justiça constitucional, contudo, há propiciado uma mistura e hibridação de modelos, resultando na perda de utilidade analítica da tão assumida bipolaridade entre os referidos modelos de controle de constitucionalidade da lei. Segundo Francisco Rubio Lhorente, “hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes em Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano”.⁵⁵

De fato, o controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.⁵⁶

Não é, pois, sem razão, que o sistema de controle de constitucionalidade sofreu incrível expansão na ordem jurídica moderna.

⁵⁴ MENDES.Gilmar Ferreira. COELHO.Inocência Mártires. BRANCO.Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional.São Paulo:Ed. Saraiva.2007, p. 957.

⁵⁵ Lhorente, Francisco Rubio. **Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional em Europa**”, en la obra colectiva, Manuel Fraga. Homenaje Académico. Madrid: Fundación del Castillo, 1997, v. II, p. 1.411 y sigs., en particular, p. 1.416

⁵⁶ MENDES.Gilmar Ferreira. COELHO.Inocência Mártires. BRANCO.Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional.São Paulo:Ed. Saraiva.2007, p. 982.

O presente capítulo tentará demonstrar que os avanços sofridos pela jurisdição constitucional, principalmente no Brasil, a partir de 1988, tem alterado radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso, com ampla predominância do modelo de controle concentrado, o que muito vem contribuir para que as funções das Cortes Constitucionais sejam cada vez mais voltadas a questões objetivas, ultrapassando aquelas meramente subjetivas.

2.2 BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE A TENTATIVA DO HOMEM DE IMPOR LIMITES AO LEGISLADOR

Fernando Segado inicia a sua explanação mencionando que sempre houve uma preocupação da humanidade, desde a sua existência, com a ideia de defesa de uma determinada ordem suprema, muito embora seja comum atribuir a preocupação com mecanismos de defesa da ordem constitucional somente a partir do final do século XVIII, em que referida ordem fez seu ato de aparição.⁵⁷

O Autor procura, neste sentido, demonstrar que a ideia de justiça constitucional não é fruto da cultura do constitucionalismo, mas que o pensamento contemporâneo sobre a defesa das normas constitucionais é herdeiro de uma grande e persistente tradição através dos séculos, pois, “no es sino um reflejo de la permanente lucha de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior”.⁵⁸

Com efeito, o termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da *Polis* grega, por volta do século V a.C. As instituições políticas ali desenvolvidas e o luminoso pensamento filosófico de homens como Sócrates (470-399 a.C) e Aristóteles (384-322 a.C) atravessaram os séculos e ainda são reverenciados dois milênios e meio depois.⁵⁹

Compartilhando deste entendimento, Segado faz uma breve retrospectiva acerca de algumas intenções da humanidade em institucionalizar mecanismos de defesa da ordem suprema. Cita, por exemplo, o caso “de los Eforos espartanos o del Aerópago y los Nomofilacos en la Antigua Atenas”, onde surgiu a diferença entre as normas superiores (Nomoi) e os decretos ordinários (Psefismata). Roma também não seria alheia a esta

⁵⁷ SEGADO, Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Ed. Del Rey, 2003, p. 212.

⁵⁸ Zamudio, Hector Fix. “La Constitución y su defensa” (Ponencial general), em el colectivo. La Constitución y su defensa. México: Unam, 1984, p. 11 y sigs.; en concreto, p. 12.”

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ed. Saraiva, 2009, p. 4 e 5

preocupação, com suas instituições como “la doble magistratura, el Senado o el Tribunalado em la época republicana”.⁶⁰

Na Idade Média, cita a superioridade da lei divina e do direito natural sobre o direito positivo. Aqui, o direito natural era configurado como *a norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas*. Cappelletti, citando Battaglini, diz que “o ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente nulo e não vinculatório, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador”.⁶¹

A grande escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que vai de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau – que à escola medieval se contrapunha, em geral, sobretudo por seu fundamento racionalista e imanentista, desvinculada como era dos pressupostos transcendentais e teológicos que tinham caracterizado, ao invés, o direito natural medieval – sustentaram a existência de direitos inatos, imanentes ao ser humano, intangíveis e irrenunciáveis, em síntese, a existência de limites e de preceitos cogentes para o próprio legislador.⁶²

Segado analisa, ainda, como precedente histórico do controle judicial sobre a constitucionalidade da lei, até atingir o sistema norte-americano da *judicial review*, a doutrina formulada pelo Juiz Edward Coke, no célebre Bonham’s case (1610), em defesa do *common law* e de sua tradicional supremacia frente ao Parlamento, que, embora tenha sido relegada ao esquecimento na Inglaterra com o triunfo da *Glorious Revolution*, a reinvidicação do Juiz Coke – em atribuir aos juízes a tarefa de a supremacia do *common law* frente aos possíveis arbítrios do Rei e do Parlamento – foi, primeiro, plenamente recepcionada nas colônias, e, mais tarde, no novo Estado independente.⁶³

Neste ponto, Cappelletti contesta a tese de um conhecido constitucionalista norte-americano, James A. C. Grant, no sentido de que a “judicial review of legislation” – é uma contribuição de las Américas a la ciência política”: isto é, a tese de que o controle judicial

⁶⁰ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. Cit., p. 212.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª edição. Sérgio Antonio Fabris Editor. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. p. 52.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 52-53.

⁶³ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p.211- 212.

das leis representa uma ideia posta em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos, no século XVIII, e difundida depois, no curso do século XIX, em outros Países das duas Américas e, posteriormente, em outras partes do mundo.⁶⁴

Isto porque, para Cappelletti, embora esta tese contenha em si um núcleo importante de verdade: com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do “constitucionalismo”, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias, contudo, a tese “supremacia da Constituição” em relação às leis ordinárias não é de toda correta, pois, conforme anteriormente visto, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de *supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis* – que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis “constitucionais” ou “fundamentais”, em relação a outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar leis “ordinárias”.⁶⁵

A título de curiosidade, vale a pena citar, ainda que de passagem, o precedente histórico que mais diretamente inspirou o instituto norte-americano.

Pois bem, um dos fatores que diretamente favoreceram o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano da *judicial review* e, portanto, daquilo que foi chamado a supremacia do poder Judiciário ou, também, o governo dos juízes, tenha sido exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do parlamento em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a “supremacia do Parlamento” na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada “supremacia dos juízes”, nos Estados Unidos da América.⁶⁶

Tal fato se explica, em razão de as colônias americanas acolherem a doutrina de Lord Coke, entendida como instrumento de luta, quer contra o absolutismo do Rei, quer contra o do Parlamento. Esta doutrina predominou na Inglaterra por alguns decênios e, não só na Inglaterra, mas também nas colônias inglesas da América, onde foi, de fato, em muitas ocasiões, acolhida pelos Tribunais. Esta doutrina, porém, foi abandonada na Inglaterra com a revolução de 1688, a partir da qual foi, então, proclamada a doutrina contrária, ainda hoje válida naquele País *da supremacia do Parlamento*. Mas da doutrina de Coke ficaram os frutos, pelo menos na América, e pretendendo, obviamente, aludir àqueles frutos que se

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 45-46

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 48-49.

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 57.

chamam hoje *judicial review* e supremacia do poder judiciário, “supremacy of the judiciary”.⁶⁷

Assim, restou comprovado que a humanidade sempre tentou impor limites ao próprio legislador, e tornar efetivo este limite através de um controle judicial, podendo estes exemplos ser encontrados, seja na história antiga, seja na história medieval e (relativamente) moderna, até atingir o sistema norte-americano da *judicial review* – que, como reconhece Cappelletti, iniciou uma nova e esplêndida época nesta matéria.

2. 3. O surgimento dos Tribunais Constitucionais Europeus

2.3.1 O debate entre Kelsen e Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição

Até o século XX, o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade era praticamente único no mundo ocidental, sendo certo que as nações europeias, bastante desconfiadas de uma classe – O Judiciário – que havia sido fiel à nobreza monárquica por séculos, adotavam um modelo de supremacia parlamentar, segundo a qual os atos dos representantes do povo não poderiam ser submetidos à decisão de funcionários judiciais⁶⁸

No velho continente, a primeira experiência de controle de constitucionalidade deu-se a partir das ideias de Hans Kelsen, criador do Tribunal Constitucional austríaco de 1920.

Sob o prisma da análise da natureza do controle de constitucionalidade que se desenvolve, é interessante destacar no que tange à conformação do controle de constitucionalidade na Europa, o acirrado debate que se estabeleceu, no final da década de 1920, em meio às discussões sobre a Constituição de Weimar, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt no sentido de determinar a quem melhor caberia a competência de zelar pela Constituição.⁶⁹

Isto porque para Schmitt, o Führer do Reich alemão é quem deveria ser o verdadeiro guardião da Constituição, pois os tribunais formados por magistrados não apresentariam as condições necessárias para a manutenção da unidade do sistema político e jurídico. Já o chefe do Executivo, por outro lado, uma vez eleito por todo o povo, expressaria a vontade da

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 59-60.

⁶⁸ BERMAN, José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p.86.

⁶⁹ LEAL. Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 42-43.

maioria e, portanto, estaria mais qualificado, em termos de legitimidade, para ser o defensor da Constituição.⁷⁰

Para Schmitt, somente devem considerar-se como decisões judiciais (racionais) aquelas que sejam fruto de uma subsunção. Como as decisões que envolvem a jurisdição constitucional não possuem este caráter, elas não podem ser concebidas como atos jurisdicionais, senão como atuações políticas. Consequentemente, afigura-se como preferível não confiar tão importante tarefa a juízes carentes de legitimação popular direta.⁷¹

A isto responde Kelsen, sustentando que, se se entende a política como “decisão”, então está presente, em toda sentença, um elemento de decisão, de exercício de poder. Assim, para o jurista austríaco, a diferença de índole política de que se reverte a aplicação de qualquer lei e o controle de constitucionalidade é, tão-somente, de natureza quantitativa, e não propriamente qualitativa.⁷²

Para Kelsen, essa doutrina do monarca como guardião da Constituição procurava mascarar uma tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só.⁷³

Diante de tal quadro, segundo ele, não há por que se rejeitar a existência de um órgão específico encarregado de executar tal tarefa, posição que acabou, enfim, prevalecendo, ao menos enquanto modelo de referência.⁷⁴

Tal sistema, ao adotar uma lógica concentrada de controle, difere, por sua vez, da *judicial review* americana – de caráter difuso – em aspectos decisivos, pois confia a um único Tribunal, o Tribunal Constitucional, a tarefa de preservar a Constituição.⁷⁵

⁷⁰ LEAL. Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Op. cit., p. 43.

⁷¹ LEAL. Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Op. cit., p. 45.

⁷² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução do alemão Alexandre Krug. p. 251.

⁷³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Op. cit., p. 240-241.

⁷⁴ TAVARES. André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 82.

LEAL. Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Op. cit., p. 45.

⁷⁵ LEAL. Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Op. cit., p. 46.

Notável é portanto a difusão que teve o sistema “austríaco” ou “concentrado”, pois foi escolhido e adotado, além de na vigente Constituição da República Italiana, de 1º de janeiro de 1948, onde está em vigor desde a data da criação da Corte Constitucional, isto é, de 1956, também pela Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949, como também pela constituição da República de Chipre, de 16 de agosto de 1960, pela Constituição da República Turca, de 9 de julho de 1961 e, enfim, pela Constituição, de 7 de abril de 1963, da República Socialista Federativa da Iugoslávia.⁷⁶

Com a consolidação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, de inspiração Kelseniana, nos países europeus e com o conseqüente incremento do papel reservado aos direitos fundamentais dentro dos ordenamentos jurídicos, mais especialmente na Alemanha, a jurisdição constitucional adquiriu uma nova dimensão, mais ativa e ampla do que aquela que lhe era tradicionalmente reservada no contexto liberal, onde lhe cabia, tão-somente, uma apreciação silogística e forma no sentido de preservação da Constituição.⁷⁷

2.4. As doutrinas que estão na base do mecanismo do controle judicial “difuso” e “concentrado” de constitucionalidade das leis

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentre das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É o controle por via incidental.⁷⁸

A doutrina que está na base do mecanismo do controle judicial “difuso” de constitucionalidade das leis é, com certeza, muito coerente e de extrema simplicidade: ela foi precisada, com grande clareza, já na motivação da famosa sentença de 1803, redigida por Jonh Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, e está assim resumida, segundo Cappelletti⁷⁹:

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 73-74.

⁷⁷ LEAL. Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Op. cit., p. 45.

⁷⁸ BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. cit., p. 272-273.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 75-76.

A função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *Lex posterior derogat legi priori, Lex specialis derogat legi generali, etc.*

Mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério *lex superior derogat legi inferiori* – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja “rígida” e não “flexível”, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, as *Gesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen*.

A regra fundamental deste sistema é que não existe qualquer tipo especial de procedimento – assim como não existe um órgão especial competente – para as questões constitucionais, as quais “se deciden según surgen em cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos em cuestión, o de los recursos que se promueven”.⁸⁰

Assim, conclui-se que, qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja “relevante” uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda.

A respeito do sistema adotado pelo Tribunal Constitucional da Áustria, e, posteriormente, adotado também por outros Tribunais da Europa, Canotilho explica que se chama sistema concentrado porque a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. A ideia de um controle concentrado está ligado ao nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção Kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controle constitucional não é propriamente uma *fiscalização judicial*, mas uma *função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como uma função de legislação negativa*. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade de uma lei ou

⁸⁰ Grant, James A.C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política, publicación de la Revista de la facultad de Derecho de México, 1963. Citado por Cappelletti, op.cit.p.87.

norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial.⁸¹

O Sistema Concentrado, arremata Calamandrei, não obstante ser exercido por “um único e especial órgão constitucional”, é caracterizado como principal (o controle propõe como tema separado e principal da petição, questionando diretamente a legitimidade da lei em geral, sem esperar que ofereça a ocasião de uma controvérsia especial); geral (a declaração de inconstitucionalidade conduz à invalidação da lei *erga omnes*, fazendo-se perder para sempre sua eficácia normativa geral) e constitutivo (o pronunciamento de inconstitucionalidade opera como anulação ou ineficácia *ex nunc*, que vale para o futuro mas respeita com relação ao passado a validade da lei inconstitucional).⁸²

Esta opção é explicada por Cappelletti com base na ausência do chamado *stare decisis*, ou seja, da vinculação ao precedente. Com isso nos países de tradição civilista haveria o inconveniente de tribunais distintos adotarem entendimento incompatíveis sobre a constitucionalidade ou não de determinadas normas, gerando enorme insegurança jurídica.⁸³

Existe, contudo, outra razão, conforme aludido no início deste capítulo.

É importante mencionar que a adoção pelos Tribunais europeus de uma lógica concentrada de controle, diferentemente da *judicial review* americana – de caráter difuso – confiando a um único tribunal, o Tribunal Constitucional, a tarefa de preservar a Constituição, esconde uma profunda significação por detrás de sua simples aparência técnica, que é a exclusão dos juízes ordinários na maioria dos países da Europa, através do estabelecimento de Tribunais Constitucionais que se localizam fora da estrutura do Poder Judiciário.

Em face da desconfiança com relação ao Poder Judiciário, Kelsen idealizou o controle de constitucionalidade como uma função não propriamente judicial, senão de “legislação negativa”, em que cabe, a este órgão, analisar tão-somente o problema (puramente abstrato) de compatibilidade lógica entre a lei e a norma constitucional. Trata-se, por conseguinte, de uma atividade que se aproxima da do legislador, porquanto não supõe uma decisão singular e concreta (típica da atividade judicial). Neste sistema, no entanto, a lei é considerada válida até que se declare a sua inconstitucionalidade, de maneira que se trata mais notadamente, de uma

⁸¹ CANOTILHO, J.J.GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Editora Almedina. Pags.898/899.

⁸² CALAMANDREI, Piero. “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso Civil”, en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios sobre el proceso civil)*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, v. III, p. 32-33). Citado pelo Professor Segado, op.cit. p. 222

⁸³ BERMAN, José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Op. cit., p.86.

anulabilidade – com efeitos *erga omnes* para o futuro – do que um vício de nulidade, retroativo (como pressupõe o controle difuso).⁸⁴

Com efeito, conforme corretamente sublinhado por Cappelletti, a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, *lato sensu*, equitativa. Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes – pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica – da atividade do legislador e do homem de governo que dados juízes comuns: de maneira que pode-se compreender como Kelsen na Áustria, Calamandrei na Itália e outros não poucos estudiosos tenham considerado, ainda que, erradamente, em minha opinião, dever falar aqui de uma atividade de natureza legislativa antes que de uma atividade de natureza propriamente jurisdicional.⁸⁵

Para Segado a diferença dos adjetivos “difuso” e “concentrado”, não obstante ser muito grande, hoje não se pode dizer que retratam a realidade da instituição considerada, uma vez que seu valor explicativo é bastante duvidoso, ocorrendo uma certa relativização de alguns dos seus traços mais característicos. Assinala que não será necessário esperar uma nova concepção sustentada pelos constituintes europeus da segunda pós-guerra, pois, a partir deste momento o processo relativizador dos binômios precedentemente citados se acentuará de modo notável, como aconteceu com a reforma austríaca de 1929.⁸⁶

Por esta razão, a opinião da doutrina é a de clara convergência entre os dois modelos clássicos, como é o caso, entre muitos, de Cappelletti “para quien el control jurisdiccional de las leyes, em su funcionamiento em el mundo contemporâneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vias de llegar a uno solo, en proceso, en definitiva, de unificación.”⁸⁷

2.5 ÓRGÃOS LEGITIMADOS PARA REALIZAR O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A partir deste tópico, Segado assinala os principais traços diferenciadores entre os dois sistemas, bem como os elementos de convergência entre eles.

⁸⁴ LEAL. Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Op. cit., p. 46.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 89-90.

⁸⁶ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p.211- 212.

⁸⁷ CAPPELLETTI. Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato. Milano: Giuffrè, 1978, p.95. Citado pelo Professor Segado, op.cit. p. 223.

Como é sabido, no Sistema Norte-americano todos os órgãos judiciais podem se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis por ocasião das controvérsias ou litígios suscitados perante eles.

Contudo, pelo princípio do vínculo aos precedentes, embora nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court*, cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários.⁸⁸

Importante assinalar que a Corte Suprema americana e, igualmente, os órgãos judiciários supremos de outros sistemas “difusos” de *judicial review* não são absolutamente órgãos judiciários com funções exclusivamente constitucionais e judicantes como consequência de um procedimento especial *ad hoc*, como são, ao invés, os órgãos judiciários europeus. Ao contrário, a *Supreme Court* outra coisa não é que o mais alto entre os ordinários órgãos judiciários federais americanos e a ela, como deve ser sublinhado, chega-se não mediante especiais procedimentos, mas através do *iter* das normais impugnações e recursos.⁸⁹

No Sistema austríaco-Kelseniano, ao contrário do sistema americano, um órgão *ad hoc* é encarregado de levar a cabo o controle de constitucionalidade, que, desta forma, é monopolizado pelo Tribunal Constitucional.

A opção adotada pela Constituição austríaca e, depois, pelas Constituições europeias, que trilharam o mesmo caminho, de se criar uma Corte Constitucional fora dos órgãos judiciários já existentes – especializados na solução das mais árduas questões de direito: de onde poderíamos facilmente ser induzidos a pensar que cada um deles teria sido capaz de exercer a nova, árdua e importante função de controle das leis, muito melhor que um órgão judiciário inteiramente destituído de tradições e destituído, portanto, de uma secular experiência e autoridade – é explicada por Cappelletti devido à estrutura do ordenamento judiciário, que:⁹⁰

nos sistemas da Europa continental, é, usualmente, constituído por juízes de carreira que entram jovens na magistratura e só em idade avançada, e, em grande parte, fundados em sua demonstrada habilidade no interpretar as leis, com rigor lógico e precisão, chegam a funções ligadas à atividade das

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 80-81.

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 86.

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 87-88.

Cortes Supremas. Certo é que as normas das Constituições modernas são algo de profundamente diverso das usuais normas de lei, que os juízes das Cortes Supremas europeias, chegados já ao cume ou ao término de sua longa carreira na magistratura, foram, por decênios, habituados a interpretar, a observar e a fazer observar, com uma técnica hermenêutica que refoge daquele tipo de “policy-making decisions” que estão, inevitavelmente, implicadas, ao invés, em uma atividade de controle da validade substancial das leis e de atuação da norma constitucional.

Por esta razão, as modernas Constituições europeias e, em particular, a austríaca, a italiana e a alemã, preferiram não servir, para a nova e fundamental função do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, dos órgãos judiciários já existentes e dos membros “de carreira” da magistratura; preferiram criar, ao invés, não obstante todos os onerosos problemas de coordenação disto derivantes, especiais órgãos judiciários inteiramente novos, dotados, porém, como os outros órgãos judiciários, de plena independência e autonomia, mas compostos analogamente à *Supreme Court* americana, de juízes (ou, pelo menos, de uma maioria de juízes) não de carreira, nomeados *ad hoc* em escolha feita pelos supremos órgãos legislativos ou executivos do Estado.⁹¹

Na sua formulação originária, a antiga Corte de Justiça Constitucional da Áustria somente se pronunciava sobre a constitucionalidade das leis federais quando provocada pelo Governo Federal, a quem cabia a iniciativa do processo por via de ação.⁹²

No originário sistema austríaco, portanto, não só os juízes – exceção feita exclusivamente para o *Verfassungsgerichtshof*, quer dizer, exclusivamente para a Corte Constitucional – não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais, mas os juízes austríacos, além disso, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. Com efeito, a questão da constitucionalidade das leis podia ser arguida perante a Corte Constitucional austríaca somente por aqueles órgãos, não judiciários, mas políticos, que estavam indicados na Constituição, isto é, pelo Governo Federal tratando-se de pedir o controle da legitimidade constitucional de leis dos Länder, pelos Governos dos Länder tratando-se de controle de leis federais. Nenhum limite de tempo era fixado para o exercício, por parte destes órgãos políticos, do direito de ação, para o qual eles eram únicos legitimados.⁹³

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 93-94.

⁹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, op.cit p. 279.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 105.

Com a reforma constitucional de 1929, a legitimação para suscitar a controvérsia sobre constitucionalidade, reservada até então com exclusividade a órgãos políticos do Governo Federal, foi dilatada também a órgãos judiciários ordinários, como o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof*, que no entanto somente podiam atuar pela “via incidental” ou de “execução”, fazendo assim o sistema austríaco tomar, segundo Capelletti, um certo caráter híbrido, com a hibridez consistindo na presença de uma via de exceção paralela à via de ação.

⁹⁴

Sobre a reforma operada na Constituição Austríaca de 1929, Segado afirma que⁹⁵:

“En definitiva, la reforma constitucional de 1929, aún no rompiendo formalmente el monopolio del control de constitucionalidade por parte del VFGH, alteraba el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo por cuanto, de algún modo, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios que quedaban legitimados para plantear ante el Tribunal Constitucional la pertinente “demanda” – en los términos del art. 140.1 de la Constitución – , antes de decidir su planteamiento, debían lógicamente llevar a cabo um primer juicio de constitucionalidade en el que sustentar el planteamiento de la cuestión”.

Na Alemanha, como todos os juizes ordinários podem submeter matéria de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional – e o fazem sempre pela via incidental em face de um caso concreto que se lhes ofereça – o sistema evidentemente se acerca, por esse aspecto, do modelo americano de controle.⁹⁶

Como bem assinala Rubio Llorente⁹⁷, a questão de inconstitucionalidade implica sempre um duplo juízo de constitucionalidade: um provisório e negativo, efetuado pelo Juiz ou Tribunal que a suscita, e outro, definitivo e coincidente ou não com aquele, que leva a cabo o Tribunal Constitucional.

O constitucionalismo europeu da segunda pós-guerra há aprofundado nesta direção. Uma das novidades emergentes das experiências de justiça constitucional da segunda pós-guerra é a constatação da possibilidade de combinar técnica do controle incidental (de tipo norte-americano) com a técnica do controle concentrado (do tipo austríaco-Kelseniano) mediante o emprego do instituto processual da *pregiudizialità*, isto é, mediante faculdade que alguns ordenamentos reconhecem aos órgãos jurisdiccionais ordinários, não para decidir de

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, op.cit. p. 279

⁹⁵ SEGADO, Francisco Segado. Op.cit p. 225

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, op.cit. p. 280.

⁹⁷ LHORENTE, Francisco Rubio. La forma del poder (Estudios sobre la Constitución). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 558. Citado pelo Professor Segado, op.cit. p. 226

forma autônoma as questões constitucionais, “pero si para elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución, que hayan de ser aplicadas em una *litis* concreta de que esten conociendo”.⁹⁸

Concluindo, pode-se dizer, então, resumidamente, que, originariamente, houve uma nítida, radical contraposição entre o método denominado americano de controle judicial efetuado *exclusivamente em via incidental* e o método “austríaco” de controle efetuado, ao contrário, *exclusivamente em via de ação*. Contudo, a lei de reforma constitucional de 1929, bem como a opção adotada pela Constituição de Bonn, de 1949, que conferiu legitimidade a todos os juízes ordinários para submeter matéria de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, sempre pela via incidental, estabeleceu uma notável aproximação ao sistema americano da *judicial review*, relativizando o primeiro binômio diferencial que separa os dois grandes modelos.

2.6. SISTEMA AMERICANO: CONTROLE VINCULADO NECESSARIAMENTE À PRÉVIA EXISTÊNCIA DE UMA CONTROVÉRSIA. RELATIVIZAÇÃO COM A LEI DE 1937. RECONHECIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO NO CONTROLE JUDICIAL DAS LEIS FEDERAIS.

No sistema da *judicial review of Legislation*, a lei suspeita de inconstitucionalidade não é suscetível de impugnação direta. A eventual inconstitucionalidade só pode fazer-se valer como questão incidental, de cuja resolução depende a decisão que sobre o caso principal há de adotar o Juiz competente, por quem é parte em uma controvérsia concreta. O controle, assim, se realiza através da via processual de exceção de inconstitucionalidade.⁹⁹

De fato, a base jurisprudencial deste controle, conforme visto, principia na decisão do caso *Marbury versus Madison*, com o célebre raciocínio do Juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas. Sustentava ele então a irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz (“null and void and of no effect”).¹⁰⁰

Estabeleceu-se desde aí um sistema americano de controle que consagra a via de exceção, de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau

⁹⁸ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 226.

⁹⁹ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 227.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, op.cit. p. 281.

hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei.¹⁰¹

No sistema europeu-Kelseniano, o procedimento diante do Tribunal Constitucional se inicia mediante a apresentação de uma ação ou recurso de inconstitucionalidade. Desta forma, a impugnação não se vincula à existência de uma lide, facilitando-se, assim, a anulação de leis inconstitucionais que, sem embargo, podem não suscitar controvérsia, embora, em geral, dentro de um determinado prazo.¹⁰²

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).¹⁰³

Em 1942, Kelsen sustentou que a maior diferença entre o sistema norte-americano e o austríaco residia no procedimento através do qual uma lei podia ser declarada inconstitucional por um órgão competente, sublinhando o feito de que, em princípio, no sistema americano somente a violação do interesse de um particular podia desencadear o procedimento de controle constitucional, o que, de alguma forma, significava a postergação do interesse público que o controle de constitucionalidade das normas suscita, que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes interessadas.¹⁰⁴

Certamente, o controle, no sistema americano, sempre esteve vinculado à prévia existência de uma controvérsia. Contudo, uma lei de 24 de agosto de 1937 “para prover a intervenção Governo dos Estados Unidos, em apelação direta ao Tribunal Supremo e a regulação de expedição de *injunctions* em alguns casos referentes à constitucionalidade das leis do Congresso e para outros propósitos”, veio a reconhecer o interesse público no controle jurisdicional das leis federais.¹⁰⁵

Para Segado “esta ley concedió al Ejecutivo el derecho de recurrir ante el Tribunal Supremo una sentencia por la que una Ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al Ejecutivo federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose en una de las partes a los efectos de la presentación de pruebas y

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, op.cit. p. 281.

¹⁰² SEGADO, Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 227.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, op.cit. p. 281.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Op.cit., p. 311-312.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Op.cit., p. 312.

de la argumentación de la cuestión constitucional. Ello significaba una cierta relativización de la diferencia advertida por Kelsen y anteriormente mencionada”.¹⁰⁶

Kelsen arremata dizendo que esta mesma lei confere ainda ao Governo o direito de apelar à Suprema Corte de uma decisão que declare inconstitucional uma lei federal, objetivando também tais casos acelerar as decisões finais da Suprema Corte. A lei de 1937, por fim, busca impossibilitar a concessão, por um juiz isolado, de medidas cautelares que restrinjam a aplicação de uma lei do Congresso com base na sua alegada inconstitucionalidade.¹⁰⁷

Há, como visto, no sistema americano, em que a revisão judicial da legislação somente pode acontecer incidentalmente, isto é, no curso de um procedimento que serve prioritariamente a outro propósito, um elemento do controle concentrado, que é a possibilidade de o Governo Federal dos Estados Unidos intervir em qualquer ação entre particulares, para defender a validade de leis promulgadas pelo Congresso, constituindo uma prova a mais do progressivo entrelaçamento de elementos de um e outro sistema.

2.7 EFEITOS EMANADOS DA DECISÃO JUDICIAL NOS CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO

Neste capítulo, iremos examinar o fenômeno do controle judicial de constitucionalidade das leis sob o aspecto dos efeitos emanados da decisão judicial, que se revela uma radical e extremamente interessante contraposição entre o sistema norte-americano e o sistema austríaco.

No modelo americano, em sentido estrito, o juiz não anula a lei, e sim declara uma nulidade pré-existente, limitando-se a não aplicar a lei que considera contraditória à Constituição (sentença declarativa). Em sintonia com ele, os efeitos da declaração são retroativos (*ex tunc*) e, dado o caráter incidental da demanda, limitados ao caso concreto (*inter partes*). Trata-se, assim, de um controle “especial”, não “geral”.¹⁰⁸

No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional. A Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma

¹⁰⁶ SEGADO, Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 22

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Op.cit., p. 312.

¹⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso Civil”, en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios sobre el proceso civil), traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, v. III, p. 32-33). Citado pelo Professor Segado.op.cit. p. 222.

data posterior à publicação de seu pronunciamento, contanto que este diferimento da eficácia constitutiva não seja superior a um ano.¹⁰⁹

Assim, enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem o caráter de um controle meramente declarativo, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter de um controle constitutivo da invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, com total coerência, deriva, ainda, que, enquanto no primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente – trata-se, de fato, de mero acerto de uma pré-existente nulidade absoluta. No sistema austríaco, ao contrário, a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc* ou, com toda certeza, *pro futuro*, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação.¹¹⁰

Na *Verfassungsgerichtsbarkeit*, o órgão a que se confia a anulação das leis inconstitucionais não exerce propriamente uma função jurisdicional, ainda que tenha, pela independência de seus membros, a organização de um Tribunal. A partir da diferença que Kelsen considera determinante entre a função jurisdicional e a função legislativa: enquanto a última cria normas gerais, a primeira não cria senão normas individuais, o mestre da Escola de Viena resolve o problema do significado da anulação de uma lei decidida pelo Tribunal. “Aplicando a Constituição a um feito concreto de produção legislativa e chegando a anular leis inconstitucionais, sustentará Kelsen, o Tribunal Constitucional não gera senão destrói uma norma geral, é dizer, põe o *actus contrarius* correspondente a produção jurídica, ou seja, atua como “legislador negativo”. Em definitivo, a decisão do Tribunal de anular uma lei tem o mesmo caráter de uma lei revogadora de outra norma legal. É um ato de legislação negativa.¹¹¹

A caracterização do “legislador negativo” demonstra a intenção de Kelsen de adotar a sentença constitucional de efeitos *ex-nunc*. Kelsen considerou que dificilmente poderia se justificar tal força retroativa, não somente pelas conseqüências criticáveis de todo efeito retroativo, e sim, especialmente, porque a decisão referia-se a um ato do legislador, e este também estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda quando estivesse submetido este aspecto ao controle do Tribunal Constitucional. Em definitivo, enquanto o Juiz não declarasse

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 115-116.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 117.

¹¹¹ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 230.

inconstitucional uma lei, a opinião do legislador, expressa em um ato legislativo, teria que ser respeitada.¹¹²

Inferre-se, como é óbvio, a natureza constitutiva das sentenças de inconstitucionalidade.

A primeira relativização que há de ser advertida em relação a este casal de binômios característicos de um e outro sistema, corresponde ao sistema americano. É imperioso recordar que a base de todo o Direito de criação judicial, característico dos sistemas de *common law*, encontra-se na regra do precedente (*the rule of precedent*) que fundamenta a obrigação que pesa sobre o Juiz de ater-se em suas decisões aos precedentes ou normas elaboradas pelos órgãos judiciais com anterioridade (*stare decisis et quia non movere*). Desta forma, ainda que formalmente os efeitos se circunscrevam às partes da lide, a incidência do princípio *stare decisis* pode chegar a alterar notavelmente este traço. A vinculação do precedente se acentua ainda mais em relação à jurisprudência dos órgãos judiciais superiores. Assim, a existência de um Tribunal Supremo único, que, diferentemente de outros países como Alemanha, acontece nos Estados Unidos, e a obrigação de seguir os precedentes estabelecidos pelos Tribunais hierarquicamente superiores, outorga ao sistema americano, no ponto em que nos interessa, uma operatividade semelhante a de um controle pela via principal, terminando, indiretamente, por desencadear uma verdadeira eficácia *erga omnes*, análoga a da ab-rogação de uma lei, bem diferente a de uma mera não aplicação de uma lei em um caso singular com a possibilidade, todavia, de que em outras hipóteses a lei seja novamente aplicada¹¹³

Como afirma Capelletti,¹¹⁴ “certamente, se uma lei deixa de ser aplicada pelo Tribunal Supremo norte-americano por considerá-la inconstitucional, a lei, formalmente, continuará fazendo parte do ordenamento jurídico, contudo, pela regra do *stare decisis* a convertirá em letra morta”. Em definitivo, a não aplicação, na realidade, transforma-se em anulação, que, segundo Capelletti, é definitiva, incontestável, “et qui vaudra pour toute espèce à venir”.

Convém mencionar que a reforma da Constituição da Áustria de 1929 admitiu uma parcial atenuação da concepção que fora rigorosamente adotada, em 1920, segundo a qual aos pronunciamentos da Corte Constitucional é negada qualquer retroatividade. Isto é, o sistema reformado de 1929 admitiu que – limitadamente ao caso concreto, por cuja ocasião tenha

¹¹² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Op.cit., p. 318.

¹¹³ SEGADO. Francisco Fernández. *La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano*. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 260.

¹¹⁴ CAPPELLETTI. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1978, p.95. Citado pelo Professor Segado, op.cit. p. 231

surgido, “em via de exceção”, a questão de constitucionalidade – a lei contrária à Constituição deva, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento.¹¹⁵

O próprio Kelsen, a fim de evitar os inconvenientes decorrentes do vazio jurídico desencadeado pela anulação de uma norma, defendia a conveniência de diferir os efeitos da anulação até a expiração de um determinado prazo contabilizado a partir da publicação da sentença de anulação, cuja razão de ser era permitir ao Parlamento substituir a lei questionada por uma nova conforme a Constituição, antes que a anulação fosse efetiva.¹¹⁶

Com relação ainda aos efeitos emanados das decisões das Cortes Constitucionais, em matéria penal as Cortes americanas tem sempre considerado – e agora a lei alemã e a italiana expressamente dispõem – que, sem embargo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém deva ser obrigado a cumprir uma pena que tenha sido imposta com fundamento em uma lei posteriormente declarada inconstitucional. Em matéria civil, ao invés, e, às vezes, também em matéria administrativa, se tem preferido respeitar certos “efeitos consolidados” (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em consideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza das relações e situações jurídicas.

117

Por sua vez, a solução adotada na Itália e na Alemanha está a meio caminho entre a adotada pelo sistema americano – mais concreto, mais pragmático, mais ligado às imediatas exigências dos casos individuais – e a segunda, ao invés, pelo sistema austríaco Kelseniano, mais teórico, mais abstrato, mais geral. Tanto na Itália quanto na Alemanha, considera-se, de fato, que a sentença, com que as Cortes Constitucionais declaram a inconstitucionalidade de uma lei, tem eficácia *erga omnes*, do mesmo modo que na Áustria; pelo que a lei inconstitucional torna-se ineficaz para todos e para sempre, e não meramente aplicada em um caso concreto. Tanto na Itália quanto na Alemanha – e neste País ainda mais decididamente que naquele – não se admite que as sentenças de inconstitucionalidade emanem a sua eficácia apenas *ex nunc* ou *pro futuro*, como na Áustria, e afirma-se, ao invés, que se trata, em geral, de uma eficácia que opera *ex tunc*, ou seja, também para o passado (eficácia, portanto, retroativa das sentenças das Cortes Constitucionais alemã e italiana). Em outras palavras, quer na Itália quer na Alemanha, considera-se – como nos Estados Unidos da América – que o mero fato da inconstitucionalidade é causa de absoluta nulidade e, por conseguinte, de

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 120-121.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Op. cit., p. 307-310.

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 123-124.

ineficácia *ipso jure* das leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada, solenemente e vinculatoriamente, pela sentença da Corte Constitucional competente.¹¹⁸

Segado afirma que esse novo elemento de convergência entre ambos os sistemas, em relação ao binômio imediatamente antes referido, pode ser constatado, conforme visto, na diminuição da distância que antes separava a eficácia do precedente norte-americano, em virtude da regra do *stare decisis*, da eficácia dos efeitos *erga omnes* das sentenças dos Tribunais Constitucionais.

De qualquer forma, conclui Segado, neste ponto concreto, a solução mais comumente adotada nos ordenamentos europeus se encontra mais próxima a adotada pelo modelo norte-americano que a defendida por Kelsen.

2.8. SUPREMA CORTE AMERICANA E A QUESTÃO DA RELEVÂNCIA: ÓRGÃO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Segado inicia este tópico mencionando que no sistema americano, a Suprema Corte apresenta uma configuração cada vez mais acentuada como o órgão quase exclusivamente de justiça constitucional. Pela via do *writ of certiorari*, a Suprema Corte norte-americana tem-se limitado progressivamente a exercer o seu controle tão-somente no concernente à questões de maior relevância, que são, em geral, questões constitucionais¹¹⁹

Convém notar que o notável aumento do número de casos de que deveria conhecer o Tribunal Supremo ao fim do século XIX, motivou as queixas dos magistrados pela sobrecarga de trabalho, impeditiva de um desenvolvimento efetivo de sua função. Duas leis do Congresso trataram de amenizar o problema. A primeira, a lei do Tribunal de Apelação, de 1891, concedeu pela primeira vez à *Supreme Court* jurisdição discricionária sobre uma elevada proporção de casos. A segunda, a Lei Judicial de 1925, dispôs que a maioria dos casos deveriam chegar ao Tribunal em forma de petições de revisão, que o Tribunal poderia impugnar, ao invés de apelações vinculantes.¹²⁰

Assim, o *certiorari* dá à Suprema Corte um controle praticamente absoluto sobre os casos que serão julgados naquela instância. Sua introdução no sistema jurídico norte-americano, conforme acima mencionado, deu-se por meio de uma lei de 3 de março de 1891. Até então, em diversas matérias, as decisões das Cortes Distritais e de Circuito não podiam

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Op. cit., p. 118-119.

¹¹⁹ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 262.

¹²⁰ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 264.

ser revistas pela Suprema Corte. Com a referida lei, a Suprema Corte recebeu o poder de, através de um *Writ of Certiorari*, conhecer de determinado caso, ordinariamente não submetido à sua esfera de competência. Ainda assim, diversos casos permaneciam afastados da jurisdição da Suprema Corte. O passo definitivo em direção ao fortalecimento do *Certiorari* foi dado com um diploma normativo conhecido como “Lei dos Juizes” (*Judge’s Bill*), aprovado em 1925.¹²¹

A Lei de 1925 assumiu, portanto, a condição de marco da discricionariedade judicial exercida pela Suprema Corte. Entretanto, a investida sobre a jurisdição obrigatória não cessou por aí. Logo após a aprovação da lei de 1925 a Suprema Corte iniciou movimento pela ampliação dos poderes que lhe foram concedidos. A pretensão da vez era obter poderes para, diante de uma petição de *certiorari*, extrair dela apenas as questões específicas que a Corte entendesse merecedora de exame, descartando-se o restante.¹²²

Como informa Segado, “La consecuencia de todo ello sería una considerable ampliación de la capacidad de la *Supreme Court* decidir la admisión a trámite”. Uma nova reforma realizada em 1988 eliminou, de fato, a jurisdição de apelação, de natureza obrigatória, com relação aos Tribunais federais. Por tudo isto, pode-se afirmar que a revisão não constitui uma questão de Direito, e sim de reserva judicial, e unicamente é concedida pelo Tribunal quando entende que existem razões especiais e importantes para isto, o que permite uma eleição *ad libitum* e inteiramente discricional, circunstância que possibilitou à Suprema Corte se converter em “el árbitro efectivo de la forma de gobierno federal, acentuándose por todo ello su rol como órgano político”.¹²³

Este domínio contribuiu para a afirmação de que a Suprema Corte possui uma missão que a diferencia dos demais tribunais: não se trata de uma instância de revisão, que aprecia qualquer matéria em que esteja envolvido um direito individual, mas sim de uma Corte que escolhe julgar apenas os casos cuja importância seja destacada e cuja repercussão vá muito além das partes envolvidas no feito, alcançando, de fato, toda a sociedade norte-americana.¹²⁴, aproximando-a cada vez mais dos Tribunais Constitucionais, como um órgão exclusivamente de Justiça Constitucional.

¹²¹ BERMAN. José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Op. cit., p. 72.

¹²² DANTAS. Bruno. Repercussão Geral. Perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Editora Revista dos Tribunais, p. 96-97.

¹²³ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 264.

¹²⁴ BERMAN. José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Op. cit., p. 72.

2.9. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: FUNÇÃO CRIADORA DO DIREITO

À primeira vista, o controle de constitucionalidade exercido de maneira concreta, como nos Estados Unidos, carrega consigo um conteúdo político menor do que aquele realizado abstratamente, nos moldes europeus. Isto porque, no primeiro caso, os membros da Suprema Corte atuam como juízes, decidindo de acordo com as circunstâncias do caso concreto colocado diante de si, enquanto no segundo, para usar a expressão de Kelsen, sua atuação é comparada de um “legislador negativo”, que examina a constitucionalidade de uma determinada norma abstratamente, cotejando-a apenas em tese com o texto constitucional. Mas, na prática, não é o que acontece. Como aponta Michel Rosenfeld, paradoxalmente, a jurisdição constitucional estadunidense possui uma atuação mais política – e, portanto, mais sujeita a críticas – do que a jurisdição europeia.¹²⁵

Com efeito, desde o seu surgimento, a *judicial review* desperta polêmica, em especial pelo seu caráter “contramajoritário”, consistente na origem não democrática dos juízes, e mais recentemente, a supremacia judicial, que coloca seus pronunciamentos acima das opiniões emitidas por outros órgãos do governo¹²⁶

Edouard Laboulaye, discorrendo, em 1866, sobre o Judiciário, na Constituição dos Estados Unidos, ponderou que foram os americanos os primeiros “a fazer do Poder Judiciário um verdadeiro poder político; os primeiros a compreender o papel da justiça num país livre; os primeiros a encontrar esta nova verdade, até aqui pouco compreendida na Europa”. Observa, noutro passo: “Jamais, entre nós, a justiça foi um poder político; ela foi sempre um ramo da administração, uma dependência do Poder Executivo, uma função do governo, e uma função subalterna”. Referindo-se, porém, ao caráter desse Poder, na Constituição americana, acrescenta: “Estabeleceu-se ali um Poder Judiciário independente, um Poder que, colocado entre as leis do Congresso e a Constituição, tem o direito de afirmar: Esta lei é contrária à Constituição, e, conseqüentemente, é nula. (...). Não há, aí, nenhum motivo de perturbação da ordem, mas, bem pelo contrário, uma das maiores causas de paz e de quietude social”. (História dos Estados Unidos (1966), tradução de L. Nequete, inserto em “O Poder Judiciário e a Constituição, Ajuris-4, 1977, págs. 13/14 e 19/20.”¹²⁷

Para Laurence Baum embora o poder dos juízes seja limitado, pois, segundo afirma – a grande maioria das políticas públicas, em todos os níveis de governo, tem continuado em

¹²⁵ BERMAN. José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Op. cit., p. 54.

¹²⁶ BERMAN. José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Op. cit., p. 60-65.

¹²⁷ Citado pelo Ministro Néri da Silveira em artigo intitulado “O Supremo Tribunal Federal do Brasil e o Equilíbrio dos Poderes.

funcionamento sem interferência da Corte – o fato é que os juízes, nitidamente, têm feito significativo uso do poder de revisão judicial como instrumento de elaboração de políticas. Ao revogar decisões do Governo, a Corte Suprema tem desempenhado importante papel em algumas partes do processo de política.¹²⁸

Importante mencionar que a formação da sociedade americana está fortemente assentada no aspecto político e representativo, já a Alemanha, dados os traumas deixados pelo nazismo e pela II Guerra Mundial, apresenta uma profunda desconfiança para com o processo político e legislativo, instrumentos utilizados para legitimar (no sentido formal do texto) as atrocidades praticadas naquele período. Conseqüentemente, sua jurisdição constitucional tendeu a ganhar espaço e destaque no contexto da nova ordem democrática instituída pela Lei Fundamental de Bonn, datada de 1949, onde os aspectos valorativos e os direitos fundamentais possuem proeminência. Em razão disso, enquanto o constitucionalismo americano se assenta na interação do texto constitucional com a prática política, deixando para o processo político a especificação dos conteúdos substanciais, o constitucionalismo germânico tende a concentrar maior ênfase na capacidade formal do texto de influenciar a prática política, para o que a fiscalização exercida pelo Tribunal Constitucional se afigura como sendo de extrema relevância.¹²⁹

Com efeito, a importância e a centralidade do modelo norte-americano, em que a Constituição, nas palavras de José Afonso da Silva¹³⁰ – é a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas – não é casual, e sim corresponde a concretas circunstâncias históricas, que tem a ver com o fato da Alemanha e Itália considerarem o Legislador a principal ameaça para as liberdades durante um crucial período histórico, o que explicará a opção pelos constituintes de ambos os países da segunda pós-guerra de um mecanismo de controle da constitucionalidade das leis encaminhado a precaver-se frente a uma hipotética legislação arbitrária e vulnerável dos direitos e liberdades.¹³¹

Se o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas nos Estados Unidos do século XIX era bastante restrito – a primeira destas características limitadoras do exercício do

¹²⁸ LAURENCE. BAUM: A Suprema Corte Americana. Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987, os. 268-269.

¹²⁹ LEAL. Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Op. cit., p. 142.

¹³⁰ SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores. 24ª edição. P. 44.

¹³¹ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 265.

judicial review era “a regra do caso duvidoso”, em que apenas uma inconstitucionalidade patente e fora de dúvidas deveria ser declarada pela Suprema Corte; outra característica é que o Judiciário possuía uma compreensão mais rígida sobre separação entre direito e política, evitando decidir casos que tivessem implicações deste segundo tipo – o mesmo não pode ser dito com relação à prática que alcançou os dias de hoje. Isto se deve a diversas alterações, ocorridas especialmente ao longo do século XX. Durante este período, há um acentuado crescimento da atuação dos juízes da Suprema Corte, que passaram a ocupar um papel central na democracia estadunidense.¹³²

Paulo Bonavides afirma que o *status* do juiz americano não tem paralelo no mundo. A história constitucional dos Estados Unidos há mais de um século tem sido em larga parte a história da Suprema Corte e de seus arestos em matéria de controle de constitucionalidade.¹³³

Dois aspectos desenvolvidos apenas no século XX foram cruciais para o abandono dos limites operacionais que existiam ao exercício do *judicial review*: a interpretação das normas constitucionais como direito ordinário (e não político) e a afirmação da supremacia da interpretação constitucional fornecida pela Suprema Corte em contraposição àquela realizada pelos demais poderes políticos. Assim, o Direito Constitucional, até então tido como eminentemente político, passa a ser compreendido cada vez mais como Direito Ordinário e seu intérprete final deverá ser o Poder Judiciário, cujo órgão de cúpula é a Suprema Corte. Abandona-se uma concepção de igualdade entre os ramos do poder e as decisões desta Corte passam a ser vistas como vinculantes para todos os demais ramos do governo, configurando-se a chamada ‘supremacia judicial’.¹³⁴

Neste novo contexto, importante recordar o notável enriquecimento que têm experimentado as decisões dos Tribunais Constitucionais, que já não se limitam a uma função puramente negativa, e sim, têm assumido em plenitude uma função criadora mediante o recurso à técnicas jurídicas muito diferentes, próprias da *judicial review*, como é o caso da diferença entre disposições e normas:¹³⁵

“Éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad

¹³² BERMAN. José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Op. cit., p. 38.

¹³³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, op.cit. p. 282

¹³⁴ BERMAN. José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Op. cit., p. 38-39.

¹³⁵ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 265.

del órgano del que emana un determinado acto jurídico; dicho de outro modo, y siguiendo el concepto Kelseniano, la norma sería el significado de un acto, lo que revela meridianamente que, a la inversa de la disposición, la norma no es una cosa sino un sentido. A partir de esta diferenciación, los Tribunales Constitucionales han disociado en bastantes ocasiones inconstitucionalidade y nulidad”.

Assim, não obstante o sistema difuso ter encontrado sua maior receptividade nos sistemas jurídicos de *common law*, contudo, como observa David,¹³⁶ nos sistemas da família romano-germânica a *judicial review of Legislation* exerce, assim mesmo, forte influência, no que se traduz em uma certa transposição, no *modus operandi* dos Tribunais Constitucionais europeus, de técnicas jurídicas, e atitudes mentais que em certa medida lembram a *Supreme Court*, “que ha sabido forjarse a lo largo de su dilata história los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistência del legislador”.

Os feitos históricos dos anos anteriores à Segunda Guerra Mundial, que revelaram ser o legislador o mais perigoso inimigo do ordenamento constitucional dos direitos, propiciaram um giro radical por parte dos constituintes alemães e italianos, que, para evitarem os perigos dos anos anteriores, se voltam para o constitucionalismo norte-americano, isto é, uma Constituição regida por valores materiais que há de se impor a todos os poderes públicos, também ao legislador, a cujo efeito, em uma clara aproximação ao modelo anglo-saxão, considera-se necessário fortalecer notavelmente o rol constitucional dos juízes, segundo Segado, “de uns juízes que já não levantam as suspeitas que suscitaram na Alemanha de Weimar e que, ainda subordinados à Lei, assumiram uma função relevante no que o controle de constitucionalidade das leis se refere”.¹³⁷

Neste novo contexto, entende-se, ainda que por razões de alguma medida de ordem prática, na linha Kelseniana, o controle de constitucionalidade continua assentado em uma estrutura concentrada do órgão, o Tribunal Constitucional, que tem a última palavra em relação ao controle de constitucionalidade das leis, não se considera necessária a conversão do Tribunal em “legislador negativo”, como modo de articular sua colaboração com o “legislador positivo”, e tudo isto frente ao Poder Judiciário. A *praxis* dos Tribunais Constitucionais

¹³⁶ DAVID. René. Les grands systèmes de Droit contemporains. 7^a.ed. Paris:Dalloz, 1978. Citado pelo Professor Segado. op.cit. p. 236

¹³⁷ SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Op. cit., p. 266.

SEGADO. Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Op. cit., p. 265.

aponta para o avanço nesta direção, certificando a quebra do modelo Kelseniano de 'legislador negativo'.¹³⁸

Para nós, a importância do seu trabalho reside na forma como ficou demonstrada a evolução que a justiça constitucional vem sofrendo ao longo dos anos em diversos países, não importando o modelo de aferição da constitucionalidade da lei adotado, desde que esteja conectado intimamente com os ideais de liberdade, com a valoração da dignidade da pessoa humana, com o respeito aos direitos fundamentais.

Segundo Luís Roberto Barroso, o renascimento do direito constitucional brasileiro se deu no ambiente de reconstitucionalização do País por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.¹³⁹ As inovações ocorridas no nosso ordenamento jurídico, sob a influência de Häberle serão tratadas no próximo tópico.

¹³⁸ SEGADO, Francisco Fernández. La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Op. cit., p. 266.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, op.cit. p. 245

CAPÍTULO III

A INFLUÊNCIA DA OBRA DE HÄBERLE NO DIREITO BRASILEIRO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 9.868/99 E PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 – DENOMINADA REFORMA DO JUDICIÁRIO – NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

3.1 Considerações preliminares

Este capítulo tem como objetivo demonstrar os instrumentos de controle jurisdicional da constitucionalidade no Direito Brasileiro e o aperfeiçoamento que vieram ter a partir da entrada em vigor da Lei n. 9.868/99. A Lei referida disciplinou a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade, proporcionando, entre outras inovações, a ampliação do rol dos legitimados a propor as referidas ações, fruto da influência em nosso direito do pensamento de Häberle. Igualmente importante foi a positivação entre nós da figura do *amicus curiae*, conhecido como o “amigo da Corte” ou o “Colaborador da Corte”. Tal instituto se aplica quando se torna necessário maior esclarecimento da matéria, a manifestação de outros órgãos ou entidades, possibilitando o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as implicações ou repercussões.

A Emenda Constitucional nº 45, denominada reforma do Judiciário, promulgada em 08.12.2004, também englobou uma série de providências voltadas ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, entre as quais destacamos a exigência da repercussão geral para o cabimento do recurso extraordinário e a instituição da súmula vinculante. Neste novo contexto, é preciso visualizar esses dois institutos em cotejo com as perspectivas assinaladas em matéria de controle de constitucionalidade, onde se procurará demonstrar que as inovações trazidas pelos diplomas legais mencionados mostram-se em sintonia com a tendência contemporânea à gradativa priorização da jurisdição de tipo coletivo, proporcionando o fortalecimento dos mecanismos de controle na via concentrada, e uma aproximação entre os sistemas difuso-incidental e concentrado.

Assim, com a edição da Lei n. 9.868/99 e a Emenda Constitucional nº 45, confirma-se a tendência ao fortalecimento do sistema de controle concentrado e abstrato, mediante ampliação de seus instrumentos e efeitos, como tentativa de dar conta do fenômeno da litigiosidade de massa, que não tem encontrado resposta adequada nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário.¹⁴¹

¹⁴¹BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136.

3.2 A LEI Nº 9.868/99 E A POSITIVAÇÃO DA FIGURA DO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

Na esteira das influências das idéias modernizadoras de Häberle, segundo a qual a sociedade organizada deve participar do processo de interpretação das normas constitucionais, foi encaminhado ao Congresso Nacional um projeto de lei, elaborado por uma Comissão de juristas¹⁴², cuja versão inicial esteve a cargo do renomado constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, com a finalidade de institucionalizar o procedimento de controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro. Tal projeto deu origem à Lei n. 9868, de 11 de novembro de 1999.

Tal Lei teve como objetivo disciplinar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade, promovendo, assim, racionalmente a abertura hermenêutica do modelo brasileiro de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Configura-se digno de menção o contido no art. 2º da Lei n. 9868/99, que repetiu quase que integralmente o dispositivo constitucional,¹⁴³ no que diz respeito à ampliação daqueles legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, em contraposição à ordem constitucional anterior, que consagrava o monopólio da propositura da referida ação ao Procurador-Geral da República.

Assim, nos termos do art. 103 da Constituição Federal de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ADIn o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, A Mesa de Uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A inovação de vulto trazida pela Lei nº 9868/99, destaca-se a possibilidade de o relator, a seu critério e conveniência quando reputar importante um maior esclarecimento da matéria, admitir no processo a manifestação de outros órgãos ou entidades, bem como requisitar informações adicionais que entender necessárias.¹⁴⁴

¹⁴²

Sob a presidência do professor Caio Tácito, integram essa Comissão os juristas Ada Pelegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Jamyr Dallagnol, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas e Ruy Rosado de Aguiar Junior.

¹⁴³

As únicas diferenças são a menção expressa à legitimidade do Governador do Distrito Federal e da Câmara Legislativa Distrital, contida nos incisos IV e V do citado artigo legal.

¹⁴⁴

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. Op. cit., p. 162.

Eis o que dispõe o referido diploma legal a esse respeito:

Art. 7º (...)

(...)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observando o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 9º (...)

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais Estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Vê-se, pois, da leitura dos artigos mencionados, que as inovações trazidas pela Lei 9.868/99 tem como escopo modernizador promover uma abertura racional da nossa jurisdição constitucional.

Considerando que o anteprojeto de lei sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade esteve a cargo do renomado constitucionalista e Professor, hoje Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, que procurou adaptar essas figuras à sua formação germânica - é doutor pela Universidade de Münster, na Alemanha, e principal defensor da necessidade de se racionalizar o processo de auscultação daquilo que têm a dizer esses novos protagonistas da interpretação constitucional, nada mais justo que transcrever aqui as suas palavras bastante elucidativas das particularidades do caso em análise:

“É fácil ver, pois, que a lei outorga ao Supremo Tribunal Federal um importante instrumento para aferição dos fatos e prognoses legislativos no

âmbito do controle abstrato de normas - tema este que, como se verá abaixo, representa inegável relevância no controle de constitucionalidade".¹⁴⁵

Nesse contexto de obtenção de informação adequada, afigura-se relevante a possibilidade de que o Tribunal consulte os Tribunais Superiores, os tribunais federais e os tribunais de justiça sobre a aplicação da lei ou da norma impugnada no âmbito da jurisdição (art. 9º, 2º).

Com o propósito de imprimir maior abertura aos processos de ação direta e de ação declaratória, a lei enseja aos entes e órgãos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade o direito de manifestação no processo de ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade por escrito, podendo pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais (art. 7º; 2º).

Da mesma forma, com o objetivo precípuo de assegurar melhor nível de informação ao Tribunal e maior grau de participação, admite-se expressamente, no processo constitucional, a figura do *amicus curiae*, consagrando-se a possibilidade de o Relator, tendo em vista a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, autorizar a manifestação de outros órgãos e entidades. Por outro lado, a lei preservou o entendimento do Tribunal sobre a impossibilidade de se autorizar a intervenção de terceiros (art. 7º, *caput*), que já estava sintetizado em seu Regimento Interno.

A lei, como se observa, permite uma significativa modernização do nosso processo constitucional, conferindo-lhe maior abertura procedimental e, ao mesmo tempo, dotando o Supremo Tribunal Federal de instrumentos adequados para uma aferição mais precisa dos fatos e prognoses estabelecidos ou pressupostos pelos legislador."¹⁴⁶

Nesse diapasão, não poderia deixar de citar as oportunas palavras de Inocêncio Mártires Coelho, ao comentar a faculdade atribuída ao relator de solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada:

¹⁴⁵

MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868/99, de 10.11.1999. Op.cit., p.158.

¹⁴⁶

MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle** concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei 9868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p.158.

“Imaginando-se a riqueza das informações que essas instâncias de decisão poderão transmitir ao Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da norma questionada - não nos esqueçamos de que interpretar é sempre também aplicar - , devemos esperar que a nossa Corte Suprema, explorando todas as virtualidades dessas aberturas procedimentais, venha a ampliar consideravelmente o seu horizonte e compreensão e, por via de consequência, a decidir melhor as demandas constitucionais.”¹⁴⁷

Com relação à importância que essa faculdade atribuída ao Relator pode trazer para o processo interpretativo, acentua Inocêncio:

“se tirar todo o proveito do quanto lhe poderão proporcionar esses privilegiados sensores sociais, o STF enriquecerá a interpretação constitucional pela reintegração entre fato e norma, entre domínio normativo e programa normativo, entre realidade constitucional e texto constitucional, reintegração que se faz tanto mais necessária quanto sabemos que esses elementos se implicam e se exigem reciprocamente, como condição de possibilidade da compreensão, da interpretação e da aplicação de qualquer modelo jurídico”.¹⁴⁸

Conforme visto, a Lei nº 9.868/90, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, previu em seu art. 7º, § 2º, que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades, permitindo, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as implicações ou repercussões.¹⁵⁰

Um memorial do *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos e privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão.¹⁵¹

¹⁴⁷

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. In Revista de Informação Legislativa, Brasília - ano 35 - n 137 jan/mar 1998, p. 162.

¹⁴⁸

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro. In Revista de Informação Legislativa, Op. cit., p. 162.

¹⁵⁰ ADIn 2.321-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello.

¹⁵¹ ADIn 2.321-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello.

A introdução da figura do *amicus curiae* no sistema legal nacional abriu espaço para as associações de magistrados, de advogados, de membros do Ministério Público, das entidades do movimento social, comunidades étnicas e raciais, comunidades e entidades religiosas, ONGs, órgãos e entidades governamentais requererem ingresso nos processos em que se discute a constitucionalidade de leis e atos governamentais que ameacem ou violem os interesses e direitos coletivos dos grupos que representam, bem como os direitos difusos.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, a aplicação da norma legal em causa não só garantirá maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiência que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.¹⁵²

Importante mencionar que ao pluralizar o debate constitucional, o Supremo Tribunal Federal vem contribuir para superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas por aquela Corte.¹⁵³

A este respeito, o Ministro Celso de Mello¹⁵⁴, citando Paolo Bianchi, em estudo sobre o tema (Un'Amicizia Interessata: L'amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè), afirma que a admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Por tudo o que foi dito, é inquestionável a contribuição que a figura do *amicus curiae* vem proporcionar à abertura da interpretação constitucional, onde a norma não pode mais ser analisada dissociada da realidade dos fatos que a circundam, possibilitando aqueles que a vivenciam sair da sua condição de mero expectador e receptor passivo das interpretações

¹⁵² AGRADI 2.130-3/SC, Relator Ministro Celso de Mello.

¹⁵³ Tavares. André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 64/81, 2000, ed. Atlas.

¹⁵⁴ AGRADI 2.130-3 SC, Rel. Min. Celso de Mello

ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional, para também trazer ao processo a sua visão da questão posta em debate.

3.3. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E A SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 45, a chamada Reforma do Judiciário, positivada no art. 103-A da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 11.417/2006, estando assim redigida:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

A instituição da súmula vinculante sempre esteve ligada à proposta de solucionar o dramático quadro de morosidade da justiça e a falta de efetividade da jurisdição. Por esta razão, infere-se que a adoção das súmulas vinculantes restou encampada pelo legislador constituinte reformador como uma das possíveis alternativas para o problema do assoberbamento do volume de processos que assola o Poder Judiciário nacional, prestigiando, assim, a estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais em prol da segurança jurídica.¹⁵⁵

Importante mencionar que a súmula vinculante positivada no art. 103-A da Constituição Federal ensejou e ainda enseja intensos debates na doutrina nacional, sendo parcela dessa favorável e outra boa parte contra esse instituto.

Aos que defendem o referido instituto, a igualdade jurídica e, conseqüentemente, a segurança jurídica, são as razões mais citadas para a adoção da súmula vinculante, pois, não é saudável para a vida judiciária brasileira que juízes, de órgão singular ou colegiado, cheguem a conclusões diametralmente opostas quando analisem casos materiais análogos ou idênticos.

¹⁵⁵ Koziroski, Sandro Marcelo. Os Poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª Tiragem. São Paulo: 2008. Editora Revista dos Tribunais, p. 1197.

Esse tratamento diferenciado para pessoas em situação igual gera ofensa ao princípio da isonomia. O respeito a essa isonomia enseja, conseqüentemente, segurança jurídica. Acaba-se com o chamado direito lotérico. Essa loteria judiciária que enseja a insegurança jurídica é obstada com um entendimento unitário, coeso e previsível.¹⁵⁶

Teresa Arruda Alvim Wambier, defendendo a implantação das súmulas vinculantes, afirma que a alteração do sistema neste sentido seria boa para os jurisdicionados – já que geraria maior segurança e previsibilidade – e boa para o Poder Judiciário – que ficaria menos sobrecarregado, o que, como se sabe, indiretamente, representa benefício para os próprios jurisdicionados.¹⁵⁷

Conforme salientado por Rodolfo de Camargo Mancuso, “parece-nos que, contemporaneamente, a principal expectativa que o cidadão deposita no Judiciário é a do atendimento aos valores certeza-segurança-estabilidade, o que aliás é bem compreensível, se considerarmos o ambiente de instabilidade presente e imprevisibilidade futura que costuma assombrar nossa sociedade civil”¹⁵⁸

Há também aqueles que entendem que a alteração legislativa que impôs a vinculação da súmula, ainda que limitada à matéria constitucional, proporcionará um engessamento do direito, a quebra da autonomia do juiz e violação da separação dos poderes.

Nesse sentido, a crítica de José Celso de Mello Filho: “O gesto independente de pensar com liberdade não pode conduzir a qualquer restrição que incida sobre o magistrado. O efeito perverso gerado pela aplicação do postulado da súmula vinculante, tal como esse princípio vem sendo disciplinado no processo de reforma judiciária, consistirá na indesejável aniquilação da consciência crítica dos juizes, em claro antagonismo com as diretrizes que devem informar a concepção democrática do Estado de Direito. A proposta de instituição da súmula vinculante – além de introduzir, em nosso sistema jurídico, inadmissível hermenêutica de submissão – revela-se inaceitável, porque, ao virtualmente inibir o juiz de refletir, de maneira crítica, sobre as questões submetidas à sua apreciação jurisdicional, culmina por suprimir-lhe a liberdade e a independência no desempenho da atividade jurisdicional.”¹⁵⁹

¹⁵⁶ Silva, Bruno Freire. O Desrespeito à Súmula Vinculante e a Reclamação Constitucional. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª Tiragem. São Paulo: 2008. Editora Revista dos Tribunais, p. 1162.

¹⁵⁷ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Súmula Vinculante: Desastre ou Solução? RePro 98/295, São Paulo: RT, ano 25, abr.-jun.2000.

¹⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. São Paulo: RT, 1999, p.43.

¹⁵⁹ MELLO Filho, José Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária. Reforma do Judiciário. Revista do Advogado – AASP 75/46-47, ano XXIV, abr.2004.

A respeito da sustentada retirada da independência da magistratura, o Ministro Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC1, teceu as seguintes considerações:¹⁶⁰

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores. Houve uma época – membros mais antigos deste Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada liberdade de convencimento, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de que a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso... Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo às hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar

¹⁶⁰ STF. Pleno, ADC 1, rel. Ministro Moreira Alves, j. 01.12.1994, v.u., DJU 16.06.1995, p. 18.213.

decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público eis que esse tipo de política prospere?

O presente trabalho visa a demonstrar que as súmulas vinculantes substanciam mais uma ferramenta instrumental, neste modelo que vem privilegiando a objetivação dos processos subjetivos. Com efeito, não há como negar, por outro lado, que a súmula vinculante mostra-se em sintonia com essa tendência contemporânea à gradativa priorização da jurisdição de tipo coletivo, na medida em que o enunciado vinculante possibilita e agiliza o julgamento de blocos de demanda, coalizados pela semelhança do *thema decidendum*.¹⁶¹

Ao que parece, a origem remota da súmula vinculante encontra-se nos assentos da Casa da Suplicação de Lisboa instituídos pelas Ordenações Manuelinas e adotadas nas Filipinas (referentes às soluções dadas pela casa de suplicação a casos em que a mesma tinha dúvida e que convertiam em 'normas').¹⁶²

Mencione-se, contudo, as frequentes afirmativas que procuram identificar o mecanismo das súmulas vinculantes com a experiência do direito anglo-saxão. Faz-se menção, nesta linha de raciocínio, ao instituto do *stare decisis* do direito norte-americano.¹⁶³

No direito estadunidense, a doutrina da *stare decisis* (oriunda, de seu turno, da sentença latina *stare decisis et non quieta movere*), de origem inglesa, tem foro constitucional. Trata-se de um comando mediante o qual as cortes devem dar o devido peso ao precedente. Ela afirma que questão de direito já estabelecida deveria ser seguida sem reconsideração, desde que a decisão anterior fosse impositiva.¹⁶⁴

Ao contrário do sistema romano-germânico, a jurisprudência do *commow law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do direito. Como já demonstrado por ocasião do estudo da *commow law* inglesa, desde o século XIX a regra do precedente impõe aos magistrados regras de direito destacadas de outras decisões.¹⁶⁵

O debate a respeito do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal é de inegável importância, sendo importante citar a experiência estrangeira, que corrobora e

¹⁶¹ Oliveira, Pedro Miranda. A (in)efetividade da súmula vinculante: a necessidade de medidas paralelas. In Arruda Alvim Wambier, Teresa ET.al.(Coord). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: RT, 2005, p. 594.

¹⁶² FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do direito. RePro 116/193, São Paulo: RT, ano 29, jul.-ago.2004. p. 186).

¹⁶³ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. As súmulas vinculantes na esteira da Lei 11.417/2006. op. cit., p. 1200.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 21. In Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr., John Leubsdorf, Civil procedure. 4. Ed. Boston: Little Brown and Company, 1992, p. 585.

¹⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 256.

sublinha esse destacado valor. A súmula vinculante foi inspirada no sistema da *commow law*, mais especificamente no direito norte-americano, em que impera o princípio do *stare decisis* ('mantenha-se a decisão'), consubstanciado na vinculação à regrados precedentes. Consiste este princípio no prestígio que os julgadores emprestam às decisões anteriores, para destas tornarem um princípio, que norteará o julgamento do caso concreto.¹⁶⁶

A essência da doutrina do *stare decisis* no direito estadunidense reside na sua ligação umbilical com o princípio do Estado de Direito (*Rule of Law*). Ainda mais enfaticamente, a Suprema Corte americana afirma que tal ligação com o *Rule of Law* se dá "porque ela assegura que o direito não se altere de forma errática e permite que a sociedade presuma que os princípios fundamentais estão fundados no direito (law) ao invés de nas inclinações dos indivíduos."¹⁶⁷

Neste novo contexto, há de se identificar, de forma paralela, uma certa tendência contemporânea na maior valorização conferida ao papel desempenhado pela jurisprudência, em que a lei já não é mais tida, no sistema da *civil law*, como principal fonte de direito. Daí o fato de haver certa relutância quanto aos mecanismos "vinculantes", até porque, na tradição da *civil law*, a lei sempre foi protagonista no papel de vinculatividade e cogência.¹⁶⁸

É preciso reconhecer que a jurisprudência, além de influenciar, muitas vezes de forma decisiva a produção legislativa, a ação administrativa e o horizonte decisional dos particulares, também pode propiciar outras consequências e implicações com os domínios exigidos pela segurança jurídica, conforme sintetizado por Rodolfo de Camargo Mancuso:¹⁶⁹

"a) para as partes, na medida em que possibilita uma certa previsibilidade quanto à solução final do caso, operando assim como fator de segurança e de tratamento judicial isonômico;

b) para o Judiciário, porque a jurisprudência sumulada agiliza as decisões, alivia a sobrecarga acarretada pelas demandas repetitivas e assim poupa precioso tempo, que poderá ser empregado no exame de casos mais complexos e singulares;

c) para o próprio direito, em termos de sua eficácia prática e credibilidade social, porque o tratar igualmente as situações análogas é algo imanente a esse ramo do conhecimento humano, certo que o sentimento do justo integra a essência do direito desde suas origens.

¹⁶⁶ Oliveira, Pedro Miranda.A (in)efetividade da súmula vinculante: a necessidade de medidas paralelas. In Arruda Alvim Wambier, Teresa ET.al.(Coord). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: RT, 2005, p. 594.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme.Mitidiero, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Op. cit., p.21-22.

¹⁶⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. As súmulas vinculantes na esteira da Lei 11.417/2006. op. cit., p. 1200.

¹⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. São Paulo: RT, 1999, p.47.

A implantação das súmulas vinculantes insere-se no contexto daquilo que Rodolfo de Camargo Mancuso denomina de funcionalização do Judiciário:

É o que poderia chamar de funcionalização do judiciário, problema para o qual a comunidade jurídica brasileira precisa estar alerta, para detectar – enquanto é tempo – suas verdadeiras causas e oferecer alternativas para melhorar e agilizar a prestação jurisdicional. Descartado o alvitre de aumentar o número de ministros ou criar novos tribunais (onera o erário e superdimensiona o Judiciário), o bom senso parece sinalizar no sentido da adoção de medidas, que possibilitem uma triagem razoável no afluxo de recursos excepcionais, dirigidos aos Tribunais da Federação, para o que muito pode contribuir o direito sumular, no âmbito do juízo de admissibilidade (cf. Lei 9.756/98), a par do incremento da jurisdição coletiva e da ampliação do efeito vinculante¹⁷⁰

Forçoso concluir, portanto, que o instituto criado pela EC 45/2004 vem fortalecer os mecanismos de controle na via concentrada, em detrimento do emprego da via difusa, na medida em que privilegia a jurisdição de tipo coletivo, em que a matéria ali discutida transcende o interesse das partes, fazendo com que a jurisprudência, assim como no direito norte-americano, constitua-se em fonte básica de criação de direito.

Além disso, a sistemática das súmulas vinculantes acentua um movimento de aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade, eis que certos expedientes, antes reservados apenas ao modelo concentrado, são levados à esfera difuso-incidental. É perceptível tal aproximação, ao se observar a regra do art. 4º da Lei 11.417/2006, referente à modulação da eficácia vinculante, ao dispor que “O STF, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, (...)”¹⁷¹

3.4. A REPERCUSSÃO GERAL COMO MECANISMO DE FILTRAGEM RECURSAL E A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Entre outras modificações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional 45/04 acrescentou um parágrafo terceiro ao art. 102 da Constituição Federal, que define a competência do STF, com a seguinte redação:

¹⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. São Paulo: RT, 1999, p.239.

¹⁷¹ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. As súmulas vinculantes na esteira da Lei 11.417/2006. P. 1202.

§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A repercussão geral é mais um mecanismo de filtragem que torna o recurso extraordinário realmente excepcional, pois pode fazer com que ele deixe de ser visto como um direito do jurisdicionado. Destaca-se, assim, o aspecto objetivo do recurso extraordinário, atribuindo-se maior valor às causas que venham a ter o seu mérito decidido pelo STF, na medida em que aquelas que ali chegarem terão certamente mais visibilidade.¹⁷²

A adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do Direito Constitucional brasileiro. Resguardam-se, dessarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira.¹⁷³

A inspiração para a introdução de tal requisito é claramente norte-americana, residindo mais especificamente no *Writ of Certiorari*. O sucesso da solução encontrada pelo legislador estadunidense para a crise de trabalho de sua Suprema Corte quase oitenta anos antes levou nosso Legislativo a emendar, mais uma vez, a Constituição Federal, na busca de resolver problemas semelhantes que afligem nosso Supremo Tribunal Federal¹⁷⁴

A Lei n. 11.418/06 estabeleceu um conceito para a repercussão geral, ao dispor no art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos envolvidos na causa. É preciso, portanto, a combinação de duas características: a relevância da questão em si mesma ou de seus reflexos além dos interesses subjetivos das partes envolvidas no caso analisado.”¹⁷⁵

¹⁷² BERMAN, Jose Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e perspectivas. Op.cit., p.107.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Op. cit., 17-18.

¹⁷⁴ BERMAN, Jose Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e perspectivas. Op.cit., p.107.

¹⁷⁵ BERMAN, Jose Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e perspectivas. Op.cit., p.121.

Com efeito, a fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral= relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia.¹⁷⁶

Além dos casos em que se reconhece a presença de repercussão geral nos termos do dispositivo acima referido, o § 3º do indigitado art. 543-A do CPC também estabeleceu casos em que a repercussão geral será presumida, não necessitando sequer de demonstração de relevância da questão em si mesma ou de seus reflexos além dos interesses subjetivos envolvidos. Mas a regulamentação foi mais limitada, e apenas uma hipótese foi prevista. Diz o dispositivo citado, com efeito, que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.”¹⁷⁷

O desiderato evidente aí está em prestigiar-se a força normativa da Constituição, encarnada que está, nessa senda, na observância das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da mais adequada interpretação constitucional. O fito de perseguir a unidade do Direito via compatibilização vertical das decisões faz-se aqui evidente.¹⁷⁸

Conclui-se, portanto, que o julgamento de recursos extraordinários, sob a égide da Lei n. 11.418/06, possui nítido escopo de imprimir relevância para além do caso concreto. Impõe-se, todavia, uma questão importante, a saber, se as decisões tomadas em sede de recurso extraordinário têm efeito vinculante? Sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta neste sentido.

Primeiramente, é importante esclarecer que com relação ao efeito vinculante, entende o Supremo Tribunal Federal que ele não fica subsumido ao dispositivo da decisão. Assim como o *Bindungswirkung* do direito alemão, o efeito vinculante brasileiro também atinge os chamados fundamentos determinantes da decisão.¹⁷⁹

O Ministro Celso de Mello, na Reclamação 2986/SE, teceu as seguintes considerações:¹⁸⁰

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Op. cit., 33.

¹⁷⁷ BERMAN, Jose Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e perspectivas. Op. cit., p. 121.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Op. cit., 39.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Op. cit., 65.

¹⁸⁰ RECLAMAÇÃO 2986/SE.

“Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema. Ao tratar do efeito vinculante, o Ministro Celso de Mello aludiu, expressamente, à “violação do conteúdo essencial” da decisão e à “transcendência dos fundamentos determinantes”. Eis a parte do seu voto que deixa absolutamente clara a transcendência dos fundamentos (ou motivos) determinantes da decisão: “Na realidade, o caso versado nos presentes autos parece configurar a hipótese de ‘violação ao conteúdo essencial’ do acórdão consubstanciador do julgamento da referida ADIn 2868/PI, o que caracteriza possível transgressão ao efeito transcendente dos fundamentos determinantes daquela decisão plenária emanada do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferida em face de legislação estranha ao Estado de Sergipe, parte ora reclamante.

Trata-se, sem dúvida, da noção dos *transgende Gründe* da Corte Constitucional alemã. É certo, assim, que o efeito vinculante vai muito além do dispositivo do acórdão. Na verdade são as razões de decidir que importam em matéria de vinculação, como esclareceu o Ministro Gilmar Mendes¹⁸¹ por ocasião do julgamento da Reclamação 1987: “Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados ‘fundamentos determinantes’.

De fato, pode-se afirmar que existe um processo irreversível de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É por isso que o Ministro Celso de Mello, no que foi acompanhado por seus pares, fez a seguinte ponderação no julgamento da Reclamação 2986: “Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional.¹⁸²

¹⁸¹ STF, Pleno, Reclamação 1987/DF, rel. Min. Maurício Correia, D.J. 01.10.2003, DJU 21.05.2004, p. 33.

¹⁸² STF, informativo 379.

No Recurso Extraordinário 376852/SC, o Ministro Gilmar Mendes assim se posicionou: “Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Neste sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p. 33 (49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano.¹⁸³

Perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato. A partir da noção de processo de caráter objetivo – que abrange ambos os modelos – não existe qualquer razão plausível para se atribuir efeito vinculante a um modelo e não a outro.¹⁸⁴

É nesse sentido a posição do Supremo Tribunal Federal, como recentemente lembrou, em sede de doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes: “De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.¹⁸⁵

Assim, conforme já evidenciado, a *ratio decidendi* ou o núcleo essencial da decisão do Supremo Tribunal Federal que possui efeito vinculante é, no mais das vezes, facilmente extraível dos acórdãos que decidiram os recursos extraordinários. Pergunta-se: e se o Supremo Tribunal Federal tivesse decidido por inúmeras vezes uma questão constitucional e, mesmo assim, a *ratio decidendi* dos julgados permanecesse, de certa forma, obscura e indecifrável? Foi exatamente para essas situações que o constituinte derivado resolveu inserir, no art. 103-A da Constituição da República, a possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante. Assim, aonde a *ratio decidendi* do julgado for muito complexa ou obscura, edita-se a súmula.

¹⁸⁶

¹⁸³ STF, Pleno, RE 376852, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65.

¹⁸⁴ ¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Op. cit., 69.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 164, abr/jun. 2004.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Op. cit., 70-71.

CONCLUSÃO

A evolução da jurisdição constitucional, a partir da segunda metade do século XX – período que se identifica com o final da Segunda Guerra Mundial e com a consolidação, em alguns países da Europa, do modelo concentrado de controle de constitucionalidade de inspiração Kelseniana – tem proporcionado a construção de um novo direito constitucional, resultando no reconhecimento da supremacia da Constituição frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico de uma dada sociedade, e colocando o Judiciário como autoridade suprema na interpretação desse Estatuto Fundamental.

Nesse novo contexto, alcançou significativa importância histórica o processo interpretativo da Constituição, revestido, por sua vez, de dimensões distintas das que possui a exegese dos textos legislativos comuns. Surge, assim, a tese de Peter Häberle, segundo a qual não se pode estabelecer previamente grupos fechados de possíveis intérpretes da Constituição, fixando o conceito de interpretação como um processo aberto e público.

A obra de Häberle vai influenciar diretamente na abertura do controle abstrato de constitucionalidade no direito pátrio, na medida em que a Lei nº 9.868/99, além de confirmar a ampliação do rol dos legitimados a instaurar estes tipos de demandas, possibilitou a manifestação de interessados no processo, positivando, assim, a figura do *amicus curiae*, assegurando melhor nível de informação ao Tribunal sobre a matéria posta em debate.

A Emenda Constitucional nº 45, denominada reforma do Judiciário, também englobou uma série de providências voltadas ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, entre as quais destacamos a exigência da repercussão geral para o cabimento do recurso extraordinário e a instituição da súmula vinculante. É preciso, todavia, visualizar esses dois institutos em cotejo com as perspectivas assinaladas em matéria de controle de constitucionalidade, onde se procurou demonstrar, no decorrer deste trabalho, que as inovações trazidas pelos referidos diplomas legais mostram-se em sintonia com a tendência contemporânea à gradativa priorização da jurisdição de tipo coletivo, proporcionando o fortalecimento dos mecanismos de controle na via concentrada, e uma aproximação entre os sistemas difuso-incidental e concentrado.

Com efeito, as inovações trazidas pelos referidos diplomas legais – a adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema (repercussão geral) e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* (súmula vinculante), além de terem buscado inspiração no modelo norte-americano, estão em consonância com as modificações operadas no âmbito do controle de constitucionalidade ocorridas também nos outros países, como é o caso do próprio sistema americano, que perde em parte a característica de um

modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo.¹⁸⁷

Por esta razão, conforme salientado por Francisco Fernández Segado – embora o controle judicial de constitucionalidade continue a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso ou concentrado, ou às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu, já que foram desenvolvidos a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas – o fato é que a expansão sem limite da justiça constitucional há propiciado o desenvolvimento dos dois modelos básicos de controle de constitucionalidade apontando em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos.

As inovações feitas no nosso ordenamento jurídico ainda são muito recentes, sendo, pois, prematuro fazer uma avaliação mais profunda acerca do caminho escolhido pelo legislador, com clara tendência ao fortalecimento dos mecanismos de controle na via concentrada, tendo como consequência o processo irreversível de objetivação do controle concreto de constitucionalidade. Ao se priorizar o julgamento de conflitos de massa, transcende-se os interesses dos sujeitos em litígio, com o objetivo de se projetar influência sobre a sociedade como um todo, e conferir maior efetividade às decisões.

Entendo que a dimensão objetiva da segurança jurídica implica considerar, particularmente, a certeza e a previsibilidade, sem olvidar, todavia, que ela opera indissociável reflexo no ânimo subjetivo dos cidadãos, mediante a ideia de proteção da confiança¹⁸⁸. Não se deve, assim, a pretexto de se privilegiar somente aquelas demandas que afetam a coletividade, comprometer o acesso do cidadão comum à justiça, quando este se sentir violado em seus direitos fundamentais, devendo o pleito ser tratado com as peculiaridades que o caso concreto exige.

¹⁸⁷ Mendes. Gilmar Ferreira. Coelho. Inocência Mártires. Branco. Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Op. cit., p. 958

¹⁸⁸ Clève. Clèmerson Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. Crédito-prêmio IPI: estudos e pareceres. Barueri:Minha Editora, 2005, p. 144.

BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ed. Saraiva. 2009.
- BERMAN, José Guilherme. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Origens e Perspectivas. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136. Tavares. André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; Alexandre de Moraes, Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais ed. Atlas. 2000.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUENO FILHO. EDGARD S. A Democratização do Debate nos Processos. Disponível em [http:// www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 10.10.2009.
- CALAMANDREI, Piero. “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso Civil”, en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios sobre el proceso civil), traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, v. III, p. 32-33). Citado pelo Professor Segado.
- CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª edição. Sérgio Antonio Fabris Editor. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Editora Almedina.
- CLÈVE. Clèmerson Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. Crédito-prêmio IPI: estudos e pareceres. Barueri: Minha Editora, 2005
- COELHO. Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. *In* Revista de Informação Legislativa.
- DANTAS. Bruno. Repercussão Geral. Perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Editora Revista dos Tribunais.
- DAVID. René. Les grands systèmes de Droit contemporains. 7ª.ed. Paris: Dalloz, 1978. Citado pelo Professor Segado.
- FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do direito. RePro 116/193, São Paulo: RT, ano 29, jul.-ago.2004
- GRANT. JAMES A.C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política, publicación de la Revista de la facultad de Derecho de México, 1963. Citado por Cappelletti.
- HÄBERLE. Peter. Hermenêutica Constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. Editor, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução do alemão Alexandre Krug.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *As súmulas vinculantes na esteira da Lei 11.417/2006. Os Poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2ª Tiragem. São Paulo: 2008. Editora Revista dos Tribunais.

LAURENCE, BAUM. *A Suprema Corte Americana. Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Tradução Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987, os. 268-269.

LEAL. Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LHORENTE, Francisco Rubio. *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional em Europa, en la obra colectiva, Manuel Fraga. Homenaje Académico*. Madrid: Fundación del Castillo, 1997, v. II, p. 1.411 y sigs., en particular.

MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei 9868, de 10.11.1999*, São Paulo: Malheiros. 2001.

MELLO Filho, José Celso de. *Algumas reflexões sobre a questão judiciária. Reforma do Judiciário*. Revista do Advogado – AASP 75/46-47, ano XXIV, abr. 2004.

Oliveira, Pedro Miranda. *A (in)efetividade da súmula vinculante: a necessidade de medidas paralelas*. In Arruda Alvim Wambier, Teresa ET.al.(Coord). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

MENDES. Gilmar Ferreira. COELHO. Inocência Mártires. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 164, abr/jun. 2004.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. *A (in)efetividade da súmula vinculante: a necessidade de medidas paralelas*. In Arruda Alvim Wambier, Teresa ET.al.(Coord). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

SEGADO. Francisco Fernández. *La justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano*. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Ed. Del Rey, 2003.

SILVA. Christine Oliveira Peter da. Interpretação Constitucional, Dissertação apresentada no Curso de Mestrado do Direito da Universidade de Brasília – UNB, 1998.

SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores. 24ª edição. P. 44.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Súmula Vinculante: Desastre ou Solução? RePro 98/295, São Paulo: RT, ano 25, abr.-jun.2000.