

das liberdades públicas<sup>1005</sup>. E a separação de Poderes, articulada de forma rígida, de modo a sobressair a independência entre as instituições que partilham as funções estatais, mesmo que em prejuízo de uma atuação harmônica, denotava vassalagem incondicional à causa da liberdade, e apenas a ela. Verifica-se, portanto, que a noção de Estado de Direito não pode ser dissociada do sistema de direitos fundamentais que a Constituição organiza e que constitui expressão última dos fins do Estado<sup>1006</sup>. Para as Constituições liberal-democratas, recorde-se, esse catálogo se concentrava, basicamente, nos direitos de liberdade, compreendendo as liberdades públicas ou direitos individuais e os direitos políticos ou de cidadania<sup>1007</sup>. A participação do povo no poder, sem embargo da importância do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, é o elemento que melhor expressa o princípio democrático, que, em última análise, preconiza um Estado em que o poder seja exercido em consonância com os valores e aspirações da base social. A liberal-democracia, no entanto, concebia a participação política em função da autonomia individual, admitindo-se que o gozo dos direitos políticos sofresse restrição, se isso fosse considerado importante para a preservação da liberdade

1005 Ao dissertar sobre o princípio do Estado de Direito social, no ordenamento constitucional alemão da atualidade, Konrad Hesse enfatiza a insuficiência da formulação da igualdade perante a lei nas democracias liberais, do que resultariam liberdades sem conteúdo para a grande maioria das pessoas: "Para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significação real para os proprietários, a liberdade de habitação somente para aqueles que possuem uma habitação. Se essas e outras liberdades devem ser mais do que liberdades sem conteúdo, então elas também pressupõem mais do que uma proibição de intervenções estatais, ou seja, aquele sistema de medidas planificadoras, fomentadoras e conservadoras da política econômica e social, da política cultural e educacional, da política sanitária e familiar, que caracteriza o estado social atual [...]". *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, 20. ed., trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 176-7.

1006 Canotilho, in *Direito Constitucional*, cit., p. 250, salienta a vinculação entre Estado de Direito e direitos fundamentais, aduzindo: "As três dimensões anteriormente analisadas – juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentais – indicam já que o princípio do estado de direito é informado por duas ideias ordenadoras: (1) ideia de *ordenação subjéctiva*, garantindo um *status* jurídico aos indivíduos essencialmente ancorado nos direitos fundamentais; (2) ideia de *ordenação objectiva*, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objectivamente estruturante o *princípio da divisão de poderes*."

1007 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 19-27.

individual, configurada de modo formal e abstrato, porém com pretensão de eternidade, pelas revoluções liberais. O caráter instrumental e secundário da participação política no Estado liberal refletiu-se no voto censitário e na teoria do mandato representativo clássico, permitindo a Georges Burdeau denominá-la "democracia governada", em contraposição à "democracia governante", do Estado social intervencionista<sup>1008</sup>.

A crítica profunda a que se submeteu a democracia liberal ao longo do século XIX viabilizou a eclosão do chamado Estado social, que, a seu turno, comporta duas vertentes: a antidemocrática, que rompe não apenas com o liberalismo, mas também com o sistema político que lhe dava expressão; e a democrática, que resultou, entre vários outros fatores, do aprofundamento do princípio participativo que a liberal-democracia não conseguiu conter<sup>1009</sup>.

Na variante democrática do Estado social, única que nos importa, procedeu-se à reinterpretção dos elementos que compõem os alicerces da democracia, de modo a buscar um ajuste mais adequado entre liberdade e igualdade, sob o signo da dialética de complementaridade<sup>1010</sup>. No tocante aos princípios do Estado de Direito, a lei se desprende de sua função de certificação de normas costumeiras, deixando de atuar como instrumento de arbitragem entre sujeitos livres, para assumir o papel de instrumento de promoção da igualdade e de universalização do exercício da liberdade. Com efeito, a legislação na social-democracia passa a ser instrumento essencial para a implementação de políticas governamentais destinadas a libertar as massas populares das penosas condições de vida a que se submetiam e, com isso, tornar-lhes possível a fruição dos direitos de liberdade. A isonomia, por conseguinte, já não significa somente a igualdade perante

1008 Cf. *A democracia: ensaio sintético*, 3. ed., trad. Paulo António dos Anjos, Lisboa, Europa-América, 1975, p. 24-39.

1009 Este o cerne da tese de Paulo Bonavides, em *Do Estado liberal ao Estado social*, cit., p. 232-3: "Chegamos, em suma, à conclusão de que este [o Estado social] supera definitivamente o antigo Estado liberal, e, segundo a tese que sustentamos, tanto se compadecer com o totalitarismo como também com a democracia. (...) O Estado social da democracia se distingue, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade."

1010 Miguel Reale, em suas valiosas *Lições preliminares de Direito*, cit., p. 67 e 90-1, expõe, didaticamente, o que denomina "dialética de implicação-polaridade" ou "dialética de complementaridade", segundo a qual os termos opostos (no caso, os valores liberdade e igualdade) "se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro [polaridade] mas se exigindo mutuamente [implicação]".

a lei [jurídica], mas, também, a igualdade a partir da lei (social)<sup>1011</sup>, de modo a permitir que a igualdade de direitos adquira correspondência no plano substantivo. Por último, atribui-se à engrenagem da separação dos Poderes a flexibilidade necessária para um atuar harmônico e eficiente das instâncias governamentais, aspecto vital para um Estado que se pretende intervencionista. Essa flexibilização se processou de modo mais natural e coerente nos Estados europeus, otimizando-se as funções de contenção e de impulso do arranjo governativo, ao ensejo de ampla reforma dos sistemas parlamentaristas<sup>1012</sup>. Nos Estados do continente americano, de perfil presidencialista, as alterações então impostas pela revisão dos objetivos e funções estatais não foram bem incorporadas ao sistema de governo, insistindo os arautos do pensamento jurídico liberal a proclamar a crise da separação dos Poderes, crise que, na verdade, reflete a inadequação da fórmula presidencialista ao *welfare state*. No que concerne aos direitos fundamentais, as declarações de direitos que acompanharam as primeiras Constituições da social-democracia acresceram às liberdades públicas e direitos de cidadania do período precedente os chamados direitos econômicos e sociais, que, diversamente dos direitos de liberdade, não consistem em um "poder de agir" (autonomia) e sim em um "poder de exigir" (heteronomia). Com efeito, a segunda geração de direitos fundamentais tem como objeto uma atividade estatal, na forma de prestação de serviços públicos ou pagamento de benefícios aos seus titulares<sup>1013</sup>, o que veio a exigir ampla reorganização e ampliação do aparelho do Estado, especialmente de seu braço mais ativo, a Administração Pública. A intervenção estatal, contudo, não se destina apenas a propiciar o gozo de direitos que complementem as liberdades públicas, na medida em que assume o Estado a direção geral da economia, zelando para que do livre jogo das forças econômicas resulte o bem-estar social (geração de riqueza, empregos, distribuição equânime da renda etc.)<sup>1014</sup>. Para cumprir essa missão geral, mesmo fora

1011 A igualdade "à chegada" a que se refere Jorge Miranda no texto citado na nota 979, que se articula com a igualdade "à partida" no Estado liberal de Direito.

1012 Reformas essas que, como observa Manoel G. Ferreira Filho, no seu *Curso*, cit., p. 148, constituem o principal capítulo do movimento conhecido como racionalização do poder, que marcou o advento das primeiras Constituições social-democráticas.

1013 Sobre os caracteres jurídicos dos direitos econômicos e sociais, tomando como referência a Constituição de Weimar, de 1919, consulte-se Manoel G. Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 48-53.

1014 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 39.

do campo da atividade econômica de sua titularidade (serviços públicos de natureza econômica e atividade econômica privada monopolizada), assume o Estado variadas formas de intervenção direta (produção de bens e serviços a título subsidiário) e indireta (regulação e fomento) na economia. Resta mencionar a participação política, que deixa de ser vista como simples garantia de preservação da autonomia individual, ao permitir o controle social do exercício do poder, para assumir a condição de instrumento essencial de promoção da igualdade, canalizando reivindicações das camadas populares mais necessitadas junto à esfera decisória. Mais recentemente, a partir dos anos sessenta do século passado, as deficiências da representação político-partidária e a consciência de que as políticas públicas estão sempre a demandar reorientação em face de novos desafios inspiraram propostas que acentuavam o elemento participativo na democracia, refletindo-se tal tendência na ampliação do catálogo de direitos políticos, consubstanciando o exercício de muitos deles formas de participação direta no poder<sup>1015</sup>.

Não é difícil perceber que a Constituição de 5 de outubro de 1988 desenha um sistema político de democracia social. Nesse sentido, dá ela prosseguimento à tendência iniciada com a Constituição de 1934, que marcou a adesão de nosso constitucionalismo ao modelo weimariano<sup>1016</sup>, porém na vertente contemporânea da chamada democracia participativa.

Principia o Texto Magno por declarar que o Estado brasileiro constitui um "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, caput). Do princípio do Estado de Direito irão derivar os princípios ou subprincípios da legalidade (art. 5º, II), da isonomia (art. 5º, caput), da separação dos Poderes (art. 2º) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV). Não se limita o Constituinte a afirmar que o Brasil é um Estado de Direito, associando a esse princípio o princípio democrático. Bastaria adotar a democracia como

1015 É de indagar se essa tendência de ressaltar o aspecto processual da democracia, vale dizer, o elemento dinâmico da participação política, não teria redundado em um novo modelo, sucessor da democracia social e já alcinhado por alguns de democracia participativa. A temática foi por nós discutida em *Ação popular*, cit., p. 15-77, em que procuramos salientar o modo pelo qual esse novo modelo encara a participação política, em comparação com os modelos clássicos da democracia liberal e social.

1016 Para uma visão evolutiva do constitucionalismo brasileiro, focada na sucessão de Constituições a partir da independência, veja-se Raul Machado Horta, *Direito Constitucional*, cit., p. 49-63, ressaltando-se a observação do ilustre mestre mineiro de que a Constituição de 1937 era apenas semanticamente democrática, no sentido utilizado por Karl Loewenstein, de "texto constitucional colocado a serviço do detentor do poder, para seu uso pessoal".

sistema político que, por pressuposto, o Estado de Direito haveria de vigorar entre nós, pois não é possível haver democracia sem que a atividade estatal se submeta ao direito<sup>1017</sup>. No entanto, sendo a supremacia da Constituição a expressão maior do princípio da legalidade, é compreensível que se tenha preocupado em destacar a juridicidade que há de estar presente em todos os setores da ação estatal. Parece-nos que andou melhor a Constituição portuguesa ao aludir a Estado de Direito democrático<sup>1018</sup>, porquanto, logicamente, se deve partir do mais restrito (Estado de Direito) para o mais amplo (democracia)<sup>1019</sup>. Todavia, o sentido da expressão utilizada pelo Constituinte brasileiro é o mesmo que se tem reconhecido àquela inserida na Constituição lusa. A qualificação de "democrático" ao Estado de Direito teve por finalidade destacar, precisamente, que não se cuida de um Estado de Direito de perfil liberal ou que se estrutura como um conjunto de garantias (em sentido amplo) da liberdade individual. Os princípios do Estado de Direito, no ordenamento brasileiro, hão de estar conectados à dimensão substantiva da legalidade, que aponta para a construção de uma ordem social e econômica inspirada por critérios de justiça, impositivos de certa igualdade de condições materiais<sup>1020</sup>, a qual não deve, entretanto, converter-se em igualitarismo que sufoque a liberdade. E se a lei há que ser tomada como instrumento de promoção da igualdade, o seu conteúdo cambiante, acompanhando a evolução da própria estrutura socioeconômica, há de ser

1017 Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, cit., p. 243, ensina que "o princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (...), que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado". E arremata: "Ao 'decidir-se' por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*."

1018 Cf. art. 2º da Constituição de 1976.

1019 Em sentido contrário, sustenta José Afonso da Silva, no seu *Curso*, cit., p. 123, que "a nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o 'democrático' qualifica o Estado, o que irritada os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica". Note-se, porém, que o democrático, na Constituição portuguesa, não qualifica o direito e sim o Estado de Direito.

1020 Canotilho, in *Direito Constitucional*, cit., p. 245, estabelece fértil conexão entre lei, justiça e igualdade: "O direito que informa a juridicidade estatal aponta para a ideia de justiça e igualdade: [...] A justiça fará, assim, parte da própria ideia de direito [Radbruch] e esta conceitar-se-á através de princípios jurídicos materiais cujo denominador comum se reconduz à afirmação e respeito da dignidade da pessoa humana, à protecção da liberdade e desenvolvimento da personalidade e à realização da igualdade [...]."

fixado mediante ampla participação de todos os interessados, na pluralidade e variedade de sua inserção social<sup>1021</sup>.

A Constituição de 1988 considerava, pois, a lei como um instrumento de governo, o que fica evidenciado: pela ampla iniciativa legislativa assegurada ao Presidente da República, que detém, aliás, iniciativa privativa no tocante a medidas com implicação direta na despesa pública (art. 61, *caput*, e § 1º); pela possibilidade do Chefe do Executivo de editar atos formalmente legislativos (medidas provisórias e leis delegadas - arts. 62 e 68) ou materialmente legislativos (art. 84, VI, *a*); pelo acolhimento de técnicas de aceleração do processo legislativo (arts. 58, § 2º, I, 64, §§ 1º e 2º, e 66, § 6º) etc. A despeito de haver sido mantido o sistema de governo presidencialista, presente, salvo um breve interregno<sup>1022</sup>, em todo o nosso período republicano, a preocupação com a eficiência do aparato governamental restou patentada na Carta de 88<sup>1023</sup>, provocando certo temperamento na rigidez do modelo de separação de Poderes adotado. Pode-se mencionar a intensa participação do Poder Executivo na atividade legislativa; a atribuição ao

1021 Não é outro o entendimento de José Afonso da Silva, ao pontificar: "A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício." *Curso*, cit., p. 123-4.

1022 Em que, sob o pálio da Constituição de 1946, vigorou a EC n. 4, de 2-9-1961.

1023 Por exemplo, no âmbito do Poder Legislativo, com a introdução de novas técnicas de aceleração do trabalho legislativo, como é o caso da delegação *interna corporis* (art. 58, § 2º, II); no do Poder Executivo, com a inserção do princípio da eficiência no rol dos princípios gerais da Administração Pública (art. 37, *caput*), cabendo, de outra parte, aos Tribunais de Contas avaliar a eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração Pública (art. 74, II); e mesmo no tocante ao Poder Judiciário, principalmente a partir da EC n. 45/2004, assegurando-se aos jurisdicionados a garantia da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII), contemplando-se na aferição do merecimento, para efeito de promoção de magistrados, a produtividade e a prestação do exercício das funções (art. 93, II, *c*), e instituindo-se o Conselho Nacional de Justiça, ao qual, entre outras atribuições, compete zelar pela observância do disposto no art. 37 da CF e acompanhar os resultados operacionais do Poder Judiciário como um todo (art. 103-B, § 4º, II, VI e VII).

Presidente da República da competência para editar regulamentos autônomos, em matéria de organização administrativa; a ampliação, em contrapartida, do controle político, normativo e não normativo, a cargo do Congresso Nacional (arts. 49, V e X, e 58, § 2º, III, IV e VI); e, também, a intensificação do controle jurídico sobre os atos de implementação de políticas públicas, sejam eles de natureza administrativa (arts. 59, XXI, LXIX, LXX e LXXIII, e 129, III) ou legislativa (arts. 102, I, a, e 103). O Congresso Constituinte demonstrou sensibilidade quanto às dificuldades de se combinar, com sucesso, presidencialismo e democracia social, determinando, até mesmo, a realização de um plebiscito sobre o sistema de governo<sup>1024</sup>, sendo certo que até mesmo autores simpatizantes do presidencialismo reconhecem que "há uma considerável tendência política para a adoção do parlamentarismo"<sup>1025</sup>.

Mas é no campo dos direitos fundamentais e da postura do Estado diante da economia que se torna mais nítida a opção do Constituinte brasileiro pelo Estado social de Direito ou democracia social<sup>1026</sup>. A matéria atinente aos direitos básicos da pessoa humana foi situada na abertura da Carta de 1988, acompanhando tendência registrada em Constituições contemporâneas e revelando a correlação existente entre esses direitos e os fins do Estado, enunciados logo no seu art. 3º e considerados princípios fundamentais de nosso ordenamento constitucional. No art. 6º da Constituição foram previstos, enquanto direitos sociais, a serem implementados mediante políticas públicas, os direitos à educação, à saúde, ao trabalho<sup>1027</sup>, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, cuidando o art. 7º dos direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, sob o pressuposto do cumprimento da norma programática que aponta para a necessidade de universalização do emprego<sup>1028</sup>. A efetividade da fruição desses direitos por

1024 Designada inicialmente para o dia 7-7-1993 (art. 2º, *caput*, do ADCT), a consulta popular foi antecipada para o dia 21-4-1993 pela EC n. 2, de 25-8-1992, resultando na confirmação da fórmula presidencialista.

1025 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 144.

1026 As expressões podem ser, e estão sendo no presente trabalho, utilizadas como sinônimas, muito embora a referência à democracia social expresse melhor o elemento participativo política, merecendo a nossa preferência.

1027 O direito ao trabalho não se confunde com a liberdade de profissão, consagrada no art. 5º, XIII, da CF.

1028 Trata-se do princípio do pleno emprego, decorrente da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e do direito ao trabalho em si (arts. 1º, III e IV, e 7º, *caput*, da CF) e explicitado no art. 170, VIII, da Constituição de 88.

todos os brasileiros é condição essencial para que sejam atingidos os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e, em suma, de promover o bem de todos, em consonância com a dignidade intrínseca que a todos, igualmente, se reconhece (arts. 1º, III, e 3º, I, III e IV, da CF). No entanto, para que os direitos sociais possam ser de fato exercidos não basta ao Estado prestar serviços públicos ou conceder benefícios previdenciários ou de assistência social. Há a necessidade de velar para que a ordem econômica gere empregos, renda, produtos e serviços de modo a assegurar a todos "existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170, *caput*, da CF). O Estado brasileiro assume, assim, múltiplas formas de intervenção no domínio econômico, em perfeita consonância com o modelo do *welfare state* ou do Estado-providência. Embora a Constituição atribua à iniciativa privada, preferencialmente, a tarefa produtiva, admite a exploração direta de atividade econômica privada pelo Estado em razão de monopólio constitucional ou quando o exigir a segurança nacional ou "relevante interesse coletivo" (art. 173, *caput*). Além disso, assume o Poder Público, em relação à economia, um papel de planejamento ("determinante para o setor público e indicativo para o setor privado"), de regulação e de fomento (arts. 174, 178 e 180). Para poder exercer essa verdadeira direção geral da ordem econômica, orientando-a para a consecução dos objetivos que lhe foram constitucionalmente assinalados, dispõe o Estado de instrumentos poderosos nos campos monetário, cambial e creditício (arts. 21, VII e VIII, 22, VI e VII, 48, XIII e XIV, 163 e 164 da CF), sem falar no impacto significativo que as finanças públicas e a execução orçamentária exercem sobre a economia como um todo, bastando que se pense na tributação, no consumo de bens e serviços pelo aparato estatal, no investimento em infra-estrutura etc.

A Constituição de 5 de outubro de 1988, contudo, incorporou a concepção de que não basta a uma "democracia governante", na expressão de Burdeau, a busca da justiça social: é preciso que os beneficiários das políticas igualitárias participem, ativamente, da gestão da coisa pública, até como condição para que elas possam ser bem-sucedidas. A adesão do Constituinte brasileiro à democracia participativa já transparece do enunciado que fez do princípio da soberania popular, com referência explícita ao exercício direto do poder pelo povo (art. 1º, par. único), malgrado, ordinariamente, as decisões de governo, de administração superior e de natureza legislativa fiquem a cargo da representação política. O desdobramento do princípio da participação direta no poder é feito por intermédio



dos institutos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular (arts. 14, I a III, 27, § 4º; 29, XIII; 49, XV; e 61, § 2º). Porém, a intensificação da participação política não se verifica no Texto Magno de 88 apenas por meio de instrumentos de participação direta, introduzindo-se novas formas de participação indireta, como é o caso da ação popular de impugnação de mandato eleitoral (art. 14, §§ 10 e 11).

#### 40 Distinções do sistema brasileiro de controle atual

O sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil deve ser enquadrado no sistema-tipo de matriz estadunidense. É certo que a partir da Constituição de 1934, e com maior ênfase a partir da Carta em vigor, adquiriu o sistema notável complexidade, com a introdução de instrumentos e técnicas características do modelo europeu, o que, entretanto, não foi, a nosso juízo, suficiente para alterar a sua identificação inicial com aquele outro sistema modelar de natureza jurisdicional. Não se diga, por outro lado, que se trata de sistema misto, situado na confluência dos dois sistemas-padrão, pois, conforme demonstramos no item 22, existe uma autêntica *vis attractiva* em relação a ambos, de sorte que, ao que se observa dos estudos de Direito Constitucional Comparado, não há propriamente sistemas mistos e sim variantes de um ou outro sistema.

Destarte, o sistema de fiscalização brasileiro é de natureza eminentemente jurisdicional-repressiva<sup>1029</sup>, cabendo ao controle político, entre nós, tanto na modalidade preventiva quanto na repressiva, um papel secundário. Sob o aspecto orgânico, cuida-se de um sistema difuso; quanto ao modo pelo qual se desenvolve a fiscalização, temos um sistema misto, que combina as técnicas da incidentalidade com o controle em via principal; as decisões declaratórias de inconstitucionalidade, por seu turno, produzem efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, dependendo da técnica de controle utilizada, havendo, ainda, excepcionalmente, a possibilidade de declarar a constitucionalidade de lei ou dispositivo legal com efeitos gerais; finalmente, a sanção de invalidade posta em ação pelo sistema é inquestionavelmente a da nulidade, que, sob o prisma dos efeitos temporais, conduz a decisões aparentemente retroativas (*ex tunc*).

1029 A avaliação detalhada das características do sistema de controle brasileiro foi feita na Seção II do capítulo anterior.

Não resta dúvida, de outra parte, que a Constituição vigente, no tocante ao sistema político, filia-se ao modelo da democracia social, que suscita questões, no plano do controle da atividade legislativa, para as quais a fiscalização de padrão estadunidense tem grande dificuldade em encontrar respostas<sup>1030</sup>. Trata-se do que denominamos distinções do sistema de controle brasileiro, que ora passamos a abordar, sem a preocupação de exaurir o assunto.

O primeiro ponto diz respeito à falta de uniformidade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade legislativa, algo inerente ao controle difuso, quando efetuado na via incidental e com efeitos restritos às partes, que continua sendo largamente praticado entre nós, constituindo, malgrado a importância crescente do controle abstrato de normas, a forma ordinária de fiscalização. Ora, a disparidade de decisões acerca da constitucionalidade de um mesmo ato legislativo golpeia fortemente dois valores muito caros ao Estado de Direito, a isonomia e a segurança jurídica. Poder-se-ia dizer, em se tratando de ordenamento da família do *civil law*, que o mesmo ocorre em relação a milhares de decisões judiciais, que cotidianamente são proferidas, tendo por objeto a interpretação de textos legislativos ou da própria Constituição ou, ainda, versando sobre a compatibilidade entre atos normativos de um mesmo nível hierárquico (vigência). Sucede, porém, que o exercício interpretativo é essencial nos sistemas de *civil law* para manter atualizado o conteúdo das normas do direito positivo, sem a necessidade de substituí-las por outras, com diversa expressão formal, o que pressupõe a existência de conflitos exegéticos nesse processo evolutivo. Tais conflitos, é bem de ver, não implicam recusa aplicação ao ato normativo interpretando e sim em aplicações diferenciadas, de acordo com a proposta exegética adotada. De outro lado, se é indubitável que a questão da vigência de atos legislativos pode suscitar acirradas controvérsias, máxime quando se examina a revogação tácita, não é difícil perceber que se cuida de conflitos bem menos complexos e frequentes do que os de ordem constitucional, sobretudo em uma quadra em que predominam Constituições analíticas, prenes de normas principiológicas e de textura acentualmente aberta, cuja implementação resta a cargo de uma miríade de atos legislativos. E, se a questão da falta de uniformidade quanto à validade de atos legislativos é grave em qualquer sistema democrático, mais grave é

1030 Vejam-se os dois itens imediatamente anteriores.

ainda em uma democracia social, como vimos no item 38, diante da natureza e importância da atividade legiferante nesse modelo de sistema político. No que concerne especificamente ao Brasil, em que a restauração democrática se fez acompanhar de gigantesco esforço do Estado no sentido de viabilizar políticas públicas que diminuíam as desigualdades sociais, a face mais visível dessa disfunção é o dano causado ao planejamento estatal, quer pela imprevisibilidade da arrecadação tributária, em face de acirrados dissídios pretorianos sobre a constitucionalidade ou não da instituição de novos tributos ou da elevação dos já existentes, quer pela imprevisibilidade da despesa pública, diante de uma pleora de benefícios concedidos por legislação cuja constitucionalidade se contesta, quer, enfim, por contravérsias judiciais que se instauram a propósito da validade ou não de instrumentos da ação estatal em diversas áreas, principalmente envolvendo o exercício do poder de polícia. Entretanto, há outra face do mesmo fenômeno não tão visível, mas com efeitos igualmente desastrosos para a consecução dos objetivos da ordem econômica democrática, que é a desarticulação dos agentes econômicos privados, também afetados em seu planejamento empresarial (imprevisibilidade de custos e de limitações e condicionamentos ao exercício de atividades), resultando na diminuição de investimentos e, conseqüentemente, da geração de empregos e renda e da oferta de bens e serviços.<sup>1031</sup>

A reação a essa grave deficiência de nosso sistema de controle de constitucionalidade teve início com a Constituição de 1934, justamente a primeira de nossas Cartas Magnas a desenhar um sistema político de perfil social-democrático. Com efeito, nasce nesse momento, como vimos,<sup>1032</sup> a competência senatorial para suspender, por meio de resolução, a execução

1031 A literatura acadêmica começa a se interessar pelo tema do impacto das disfunções do aparato judiciário em relação à economia, mormente sob o ângulo dos agentes privados, principais responsáveis pela iniciativa econômica em Estados de perfil social-democrático. É digno de menção o valioso estudo coordenado por Armando Castelar Pinheiro, intitulado *Judiciário e economia no Brasil*, São Paulo, Sumaré, 2000, em cujo intuito se salienta: "Os problemas que afetam o judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento, trazendo-se em justiça morosa e por vezes parcial ou imprevisível, prejudicam o desempenho econômico desses países de diferentes maneiras. A proteção insuficiente dos contratos e dos direitos de propriedade estrita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala, desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível e, por fim, mas não menos importante, distorce o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios." Ob. cit., p. 14-5.

1032 Item 25, *ratro*.

de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, já na vigência da Carta de 1946 (EC n. 16/65), introduziu-se o controle abstrato de normas, propiciador de declaração de inconstitucionalidade, em tese, com efeitos gerais. E, finalmente, com a EC n. 3/93 à Constituição vigente, criou-se a ação declaratória de constitucionalidade, cujo intuito indistigível foi o de dotar o Governo federal de um instrumento que ensejasse a declaração, com eficácia contra todos, da validade de lei ou ato normativo federal que estivesse sendo contestado em face da Constituição por decisões judiciais, sem ter de se aguardar o desfecho moroso e freqüentemente contraditório da via incidental.<sup>1033</sup>

Não é preciso muito esforço para demonstrar que, apesar do avanço experimentado, não se logrou obter a uniformidade almejada das decisões de controle, o que, na verdade, somente seria alcançado se a invalidade de atos legislativos passasse a ser sempre estabelecida por decisões com eficácia geral ou *erga omnes*. No que concerne à competência do Senado para suspender, por resolução, a execução de leis declaradas inconstitucionais (art. 52, X, da CF), vale observar que somente pode ser ela exercida ao cabo de um processo específico, com a manifestação conclusiva do Supremo Tribunal Federal na via incidental, o que nem sempre ocorre,<sup>1034</sup> podendo

1033 A essa conclusão se chega por vários caminhos: primeiro, é sintomático que a ADC tenha sido criada no bojo de emenda constitucional de índole eminentemente tributária, em um momento em que o Governo federal se debatia com milhares de decisões judiciais que dispensavam o pagamento de tributos instituídos ou aumentados por leis de constitucionalidade duvidosa, em segundo lugar, o objeto da ação era e continua sendo a declaração de constitucionalidade de leis ou atos normativos *federis*; finalmente, adotou-se um critério objetivo de atribuição da legitimação para agir, restringindo-se, contudo, o rol do art. 103, *caput*, da CF, de modo a excluir as entidades não estatais. O raciocínio é abonado por Higo de Brito Machado, que, em texto inserido na obra de colêctanea *Ação declaratória de constitucionalidade*, coord. Ives Gandra da Silva Martins e outro, cit., p. 108, assevera: "A ideia de inserir a (a ADC) em nossa Constituição surgiu da situação na qual o Presidente da República, em face de controvérsias surgidas em torno da constitucionalidade de certas leis, tinha interesse em ver desilindada a questão o quanto antes, para viabilizar a execução de seu programa de governo, com a certeza de que os atos praticados com fundamento naquelas leis não seriam depois invalidados. (...) Certo é que a grande quantidade de questionamentos, sobretudo em matéria de tributos, aumentou a preocupação do governo com a necessidade de garantir a prevalência de atos praticados com base em leis cuja constitucionalidade se estava a discutir com muita freqüência."

1034 Como é sabido, o recurso extraordinário tem efeito devolutivo limitado às matérias que autorizam a sua interposição, embora a decisão tenha caráter substitutivo e não cassatório relativamente ao acórdão recorrido, exceto se reconhecido *error in procedendo* que possa invalidá-lo (cf. José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo*, cit., p. 249). Assim

transitar em julgado decisões de instâncias inferiores que tenham dirimido, previamente, prejudicial de constitucionalidade, sem que o Pretório Excelso tenha a oportunidade de revê-las e, eventualmente, provocar a edição da resolução senatorial. E, mesmo que decisão definitiva da Corte Suprema, declaratória da inconstitucionalidade de ato legislativo, seja levada a conhecimento do Senado Federal, não está a Câmara Alta obrigada a editar a sobredita resolução, ao menos assim tem entendido a doutrina dominante, com respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>1095</sup> Com o alargamento da via principal promovido pela Constituição de 1988, floresceram manifestações doutrinárias no sentido de que a técnica da suspensão de execução de lei inconstitucional por resolução do Senado constituiria um autêntico anacronismo.<sup>1096</sup> Quanto às ações diretas declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, não obstante a amplitude do rol de legitimados a manejá-las (art. 103, caput, da CF, com a redação da EC n. 45/2004), a configuração dessa modalidade ativa de modo inteiramente objetivo atrai para a órbita dessa modalidade de controle questões de constitucionalidade sem repercussão no plano das relações subjetivas, salvo se afetarem os interesses jurídicos subjacentes das próprias pessoas, públicas e privadas, autorizadas a provocar o controle abstrato de normas. Logo, como se tem constatado, inúmeras controvérsias acerca da validade de atos legislativos permanecem restritas ao controle incidental e, portanto,

sendo, cuida-se de um recurso de perfil acentuatadamente técnico, cujo conhecimento exige o atendimento de diversos pressupostos, como, por exemplo: o prequestionamento da questão constitucional (Súmula n. 282 do STF); a relevância de sua apreciação pelo STF para o desfecho da causa (Súmula n. 283 do STF); a clareza e coerência na exposição da controvérsia (Súmula n. 284 do STF); o caráter direto e frontal (e não indireto e reflexo) da ofensa à Constituição (cf. Luís R. Barroso, *O controle*, cit., p. 84) etc.

1095 *Veja-se*, entre outros, o acórdão na Rp 1.016 (RTJ 95:999).

1096 É o pensamento de Luis Roberto Barroso, in *O controle*, cit., p. 92. Nessa linha, aliás, foi formulada proposta de supressão do inc. X, do art. 52, da CF, na PEC n. 130/92, de autoria do Deputado Roberto Campos, em que também se preconizou a criação da ação declaratória de constitucionalidade, afinal concretizada pela EC n. 3/93. Na justificativa da PEC n. 130/92, elaborada por Ives G. da Silva Martins e Gilmar Mendes, consignou-se: "Mas, se à época em que foi introduzido no nosso ordenamento constitucional esse instituto (*resolução do Senado*) já não se revelava criação das mais avançadas, é certo que se tornou manifestamente obsoleto sob o império da Constituição de 1988. (...) Sem dúvida, pode-se afirmar que, se a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado teve sua razão de ser no passado, a sua manutenção no modelo de controle de constitucionalidade da Carta de 1988 assenta-se em fundamentos de índole meramente histórica." *Controle concentrado*, cit., p. 242.

sujeitas à variação jurisprudencial comentada. E, mesmo em relação a essas entidades com legitimação para agir em sede de controle principal, o fato de que a propositura de ação direta, usualmente<sup>1097</sup>, não paralisa o funcionamento do controle *incidenter tantum* redundando na possibilidade de serem produzidas decisões judiciais destoantes da declaração, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, formulada em abstrato, o que tem provocado intensa pressão, notadamente da parte de entes públicos, para admitir, em qualquer hipótese, o cabimento de ações rescisórias em face desses julgados discrepantes.<sup>1098</sup>

Nota-se uma crescente preocupação doutrinária e legislativa em relação ao tema da falta de uniformidade das declarações de inconstitucionalidade na via incidental de controle, com a tendência, conforme registramos no item 33, de tentar solucionar o problema mediante a generalização da eficácia *erga omnes* no que tange às decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de constitucionalidade de leis ou atos normativos, pouco importando a modalidade de fiscalização exercida.<sup>1099</sup> Como vimos, para agilizar as manifestações de nossa Corte Constitucional no âmbito do controle incidental, que hoje dependam, sobretudo, da interposição e conhecimento de recursos extraordinários, examina-se, no âmbito do Congresso Nacional, a instituição de incidente de inconstitucionalidade, que permitiria ao Supremo Tribunal Federal, a requerimento de um dos legitimados para ações diretas, em casos relevantes, determinar a suspensão de todos os processos em curso em que se discuta a questão de constitucionalidade, para profír decisão sobre o tema dotada de eficácia contra todos.<sup>1040</sup> Não resta dúvida de que ambas as soluções alvitradas contribuiriam para reduzir o impacto da disfunção ora analisada, porém não a eliminariam totalmente. Os efeitos *erga omnes* das decisões prolatadas pelo Supremo na via

1097 Ressalvado o disposto no art. 21 da Lei n. 9.868/99, que permite ao STF deferir medida cautelar em ADC, "consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo".

1098 *Veja-se* o citado artigo Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional, de Ada Pellegrini Grinover, e, também, o item 35, *retro*.

1099 A já referida PEC n. 130/92, além de eliminar a resolução do Senado suspensiva da execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, acrescia parágrafo ao art. 102 da CF, estabelecendo que lei complementar poderia "outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes*, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos".

1040 Trata-se da PEC n. 406/2001.

incidental dependeriam, fundamentalmente, da admissibilidade e conhecimento dos recursos extraordinários, ao passo que o incidente de inconstitucionalidade padeceria do mesmo limite, no que concerne à filtragem das questões constitucionais, das atuais ações diretas. A questão fulcral a ser enfrentada consiste, rigorosamente, nos efeitos deletérios do controle difuso de constitucionalidade, ao qual se associam, necessariamente, em alguma medida, decisões de natureza incidental e com efeitos restritos às partes em litígio. Não se perca de vista, todavia, que o controle difuso se vincula à estipulação da sanção de nulidade para a Lei inconstitucional, do que resulta a contratação que está por trás da disfunção identificada: adota-se sanção de invalidade poderosíssima, que impede a produção de efeitos pelo ato legislativo viciado desde o seu nascedouro, mas, ao mesmo tempo, o sistema de controle convive com a desarmônia no reconhecimento da imposição da sanção pelo próprio ordenamento (*ope jure*).

Se a sanção de nulidade operada em um sistema de jurisdição constitucional difuso acarreta inaceitável variação, à luz dos postulados da democracia social, quanto à avaliação da constitucionalidade de leis e atos normativos, ela própria, de per si, não ensina adequado tratamento para algumas questões que a promoção da igualdade por meio da atividade legislativa está continuamente a suscitar. A principal deficiência da nulidade *a priori* e de pleno direito nesse quesito consiste na incompatibilidade que ostenta em relação à modulação dos efeitos temporais das decisões de controle, como vimos no item 38<sup>1041</sup>. Destarte, se a declaração de inconstitucionalidade importar na invalidade *ab initio* de legislação cuja aparente vigência tenha impulsionado o surgimento de milhares de relações jurídicas, de desfazimento traumático sob o prisma social, não se abre ao órgão de controle a possibilidade de impedir ou limitar os efeitos "retroativos" (no sentido impróprio) da decretação de uma nulidade que é simplesmente por ele constatada. É certo que, nessas circunstâncias, tem-se procurado resguardar as situações constituídas durante o período de aparente vigência da legislação censurada com base em determinados princípios de porte constitucional, porém, como já observado, nem sempre de modo plenamente satisfatório.

O sistema de controle brasileiro, por conseguinte, em sua configuração atual, não é compatível com um enfoque dinâmico para o vício de inconstitucionalidade, próprio de um Estado transformador, como aquele que

resulta na categoria doutrinária da inconstitucionalização progressiva<sup>1042</sup>. A sanção de nulidade, outrossim, representa óbice para que se declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo com efeitos diferidos *pro futuro*, de modo a evitar os chamados vazios normativos ofensivos à ordem constitucional, decorrentes da invalidação de disciplina normativa absolutamente indispensável ao funcionamento das instituições de governo ou à consecução de fins assinalados pelo próprio Constituinte. No tocante ao fenômeno da omissão parcial relativa, o Supremo Tribunal tem proclamado que as respostas admitidas pelo nosso sistema de fiscalização não se mostram satisfatórias para a superação da situação de inconstitucionalidade<sup>1043</sup>, o que

1042 O STF contudo, fez uso dessa categoria teórica ao apreciar o HC 70.514, em julgamento ocorrido em 23-3-1994, deixando de reconhecer a inconstitucionalidade do § 5º, do art. 5º, da Lei n. 1.060, de 5-2-1950, acrescido pela Lei n. 7.871, de 8-11-1989, que conferiu prazo recursal em dobro para as Defensorias Públicas, "ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público". Do voto vencedor então lançado pelo Min. Moreira Alves constou o seguinte: "A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais. Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar." Cf. os comentários de Gilmar Ferreira Mendes sobre o importante julgado e outro que lhe é correlato, no RE criminal n. 147.776, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, in *Controle concentrado*, cit. p. 305-12. A incompatibilidade entre tal construção e a categoria sancionatória da nulidade restaria evidenciada no momento em que o STF tivesse de declarar inconstitucional a legislação "ainda constitucional". Declarada sua inconstitucionalidade, em nosso sistema, produziria tal decisão efeitos *ex tunc*.

1043 É o que se extrai do voto proferido, na condição de relator, pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento de pedido de medida cautelar na ADI 526-0-DF. "Se se adota a primeira solução - a declaração de inconstitucionalidade da lei por 'não favorecimento arbitrário' ou exclusão inconstitucional de vantagem' - que é da nossa tradição (...) - a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiários, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que no gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos. (...) A solução oposta - a da omissão parcial - seria satisfatória se resultasse na extensão do aumento - alegadamente, simples reajuste monetário - a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos." RTJ 145-101.



também tem sido constatado pela doutrina<sup>1044</sup>. Nas hipóteses em que não se vislumbra possibilidade de extensão do benefício arbitrariamente songado a alguns, melhor do que declarar a constitucionalidade das normas concessivas e a inconstitucionalidade da omissão parcial do legislador, solução essa que tem gozado da preferência pretoriana<sup>1045</sup>, seria anular<sup>1046</sup> a lei inconstitucional, porém com eficácia diferida *pro futuro*, de modo a compelir o legislador a superar o estado de menoscabo à Constituição, com a edição de novo regramento que contemple todos os que devam ser beneficiados. Não se deixaria, pois, de reconhecer que o legislador incidiu em manifesta inconstitucionalidade comissiva, todavia se lhe deferiria um prazo para corrigir o problema, o que se compadece com a liberdade de conformação que lhe deve ser reconhecida no tocante à concretização dos princípios e normas constitucionais. Outra situação para a qual a sanção de nulidade não oferece resposta adequada é aquela em que a invalidação *ab initio* da lei inconstitucional implica o reconhecimento, a princípio, da vigência da legislação anterior por ela revogada, a qual, entretanto, pode revelar-se incompatível com regramento constitucional pretérito ou com a Constituição vigente, gerando vazio normativo<sup>1047</sup> ou a aplicação de legislação vetusta, totalmente divorciada do ambiente social hodierno. Há, ainda, a possibilidade de a própria legislação imediatamente anterior à lei declarada inconstitucional não se mostrar em sintonia com a realidade social contemporânea. Nesses casos, é também a modulação dos efeitos da decisão de controle, emprestando-se-lhe eficácia *pro futuro* a solução mais recomendável, o que, reiterar-se, não é viável no sistema brasileiro de controle.

A necessidade de introduzir a técnica da calibragem dos efeitos temporais da decretação de inconstitucionalidade foi reconhecida, aliás, pelo legislador infraconstitucional, como se verifica dos arts. 27 da Lei n. 9.868 e 11 da Lei n. 9.882, ambas de 1999, dispositivos esses, contudo, que padecem de clamorosa inconstitucionalidade, como já assentado nos itens 35 e 37.

1044 Estudioso do assunto, conclui, taxativamente, Gilmar Mendes: "Evidente, pois, que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão legislativa". *Controle concentrado*, p. 523.

1045 Veja-se o item 36, *retrô*.

1046 Haveria, portanto, que alterar o sistema sancionatório da inconstitucionalidade para o da anulabilidade.

1047 O STF tem admitido o reconhecimento da inconstitucionalidade dessa legislação revogada mesmo no âmbito do controle principal, em caráter excepcional, como se atesta pelo acórdão referente ao julgamento da ADI 3.148/70, da relatoria do Min. Celso de Mello. (*Informativo do STF* n. 452).

Outra disfunção relevante de nosso sistema de fiscalização da atividade legislativa consiste na atribuição ao Supremo Tribunal Federal da condição de instância revisora das decisões das instâncias ordinárias, quanto ao mérito das causas que lhe são submetidas pela via recursal, muito embora somente se autorize o conhecimento de recurso extraordinário, o que mais largamente franqueia o acesso à Corte, se houver matéria constitucional a ser apreciada. Ora, vigorando entre nós Constituição excessivamente analítica, não há como impedir que uma autêntica avalanche de processos comuns, que se amplia em progressão geométrica<sup>1048</sup>, acabe por sufocar o Supremo Tribunal, com inarredável comprometimento de sua eficiência no cumprimento da missão precípua que lhe foi conferida, de guarda de Constituição (art. 102, *caput*, da CF)<sup>1049</sup>. Desse grave problema se apercebeu o Constituinte de revisão, tendo a EC n. 45, de 2004, autorizado o legislador ordinário a incluir entre as condições de admissibilidade de recurso extraordinário a demonstração da "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso", podendo o STF recusar o apelo, pela falta de preenchimento desse requisito, por manifestação de dois terços de seus membros (art. 102, § 3º, da CF). Diante da elasticidade da expressão "repercussão geral"<sup>1050</sup> e da exigência de maioria de dois terços dos Ministros para a rejeição do recurso, não nos parece que a inovação ensejará redução significativa no número de processos a serem julgados por nossa mais alta Corte<sup>1051</sup>. Outra medida

1048 As causas já foram ventiladas no item 29, *retrô*: a utilização exacerbada, por deforção sistêmica, dos instrumentos processuais; a melhor estruturação dos órgãos de advocacia pública (incluindo-se as Defensorias Públicas); o aprofundamento da consciência jurídica da parte dos indivíduos e formações sociais etc.

1049 A discussão dessa temática, sob o prisma da reestruturação do Judiciário, foi feita amplamente por Rogério Bastos Arantes, em capítulo da obra coletiva *Reforma do Judiciário*, cit., p. 23-89, ilustrando sua abordagem com dados estatísticos sobre o crescimento da demanda pelos tribunais superiores.

1050 O § 1º do art. 543-A do CPC, introduzido pela Lei Federal n. 11.418, de 19-12-2006, que desdobrou, em nível infraconstitucional, a disposição do § 3º, do art. 102, da CF, estatui que, "para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa", o que não afetou (nem poderia o legislador ordinário fazê-lo) a largueza da cláusula constitucional.

1051 Não obstante os esforços para a obtenção desse resultado empreendidos ao ensejo da regulamentação legal do Instituto (LF n. 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC), complementada pelas Emendas n. 21 (30-4-2007), 22 (30-11-2007) e 23 (11-3-2008) ao RISTF Merece destaque, a esse propósito, o preceito do § 5º, do art. 543-A, do CPC, segundo o qual, "negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeliberados liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

adotada pela Emenda da Reforma do Judiciário para tentar aliviar a sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal consistiu na competência a ele conferida para a edição de súmulas de efeito vinculante, a cujo exame dedicaremos o próximo item.

Em suma, em abono da tese segundo a qual os sistemas de controle de padrão estadunidense não se ajustam, adequadamente, a Constituições de perfil social-democrático podem ser apontadas inúmeras e graves disfunções do atual sistema brasileiro de fiscalização da atividade legiferante. É evidente que a implantação efetiva do projeto de democracia social desenhado pela Constituição de 1988 não depende apenas do sistema de controle da constitucionalidade dos atos e omissões legislativas. Não se nos afigura questionável, contudo, que se trata de um obstáculo a mais a superar nessa empreitada e que, pelo caráter eminentemente normativo-institucional, pode ser ultrapassado com rapidez e até com relativa facilidade, dependendo do grau de consciência a seu respeito que venham a adquirir as lideranças políticas e os operadores do direito.

#### 41 A súmula vinculante: uma falsa solução

Apresentada como a inovação mais significativa da recente Emenda da Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004), ao lado da criação do Conselho Nacional de Justiça, a súmula vinculante foi assim delineada em dispositivo acrescido à Carta de 1988:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de 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.

(...)"

Os objetivos almejados com a criação do novo instituto já vinham sendo apontados pela doutrina que acompanhou a longa tramitação da

matéria no âmbito do Congresso Nacional<sup>1052</sup> e estão claramente indicados ao final do § 1º, do art. 103-A, que viemos de reproduzir: (1) obter a uniformização no tratamento de questões constitucionais pela jurisprudência, em prol da segurança jurídica (previsibilidade das decisões judiciais); e (2) reduzir o volume de processos em tramitação no Poder Judiciário versando sobre questões idênticas de índole constitucional.

O exercício da competência deferida pelo art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal teve de aguardar a edição da Lei Federal n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, porquanto a norma veiculada pelo dispositivo, embora suficientemente demarcada em quase todos os seus elementos, teve a sua plenitude eficaz condicionada ao advento da legislação infraconstitucional disciplinadora do instituto.

O Constituinte de revisão estabeleceu pressupostos formais e materiais para a edição da súmula. Destarte, sob o prisma formal ou procedimental, relativamente à iniciativa, a atividade sumular do Supremo Tribunal Federal pode ser desencadeada de ofício ou por provocação, na forma a ser estabelecida em leis<sup>1053</sup>. Ainda sob o mesmo ângulo, depende a aprovação da súmula vinculante do voto favorável de dois terços dos membros do STF, considerada, pois, a composição plena do órgão. Quanto aos pressupostos substanciais, exige-se: (A) a reiteração de decisões da Corte sobre matéria constitucional; (B) que se constate, a propósito do tema, a existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e órgãos da Administração Pública.

No § 1º do art. 103-A, introduzido pela EC n. 45, procurou-se delinear o conteúdo da súmula, estabelecendo-se que ela se destina a dirimir questões

<sup>1052</sup> Invogue-se o trabalho de Djanira Maria Radamés de Sá, *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 81: "Como justificativa para seu posicionamento alinham os defensores da adoção do princípio da vinculação, fundamentalmente, três fatores: a multiplicação de demandas repetitivas, a sobreposição dos tribunais e a existência de decisões conflitantes sobre a mesma questão de direito."

<sup>1053</sup> Desde logo, entretanto, restou definido que os órgãos, autoridades e entidades legitimados para as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade poderão provocar a Corte Suprema para a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula. O art. 3º da LF n. 11.417/2006 disciplinou a matéria, tendo acrescido ao rol de autoridades, órgãos e entidades do art. 103, *caput*, da CF o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (incs. VI e XII). Além disso, foram os Municípios autorizados a propor incidentalmente ao curso de processos em que sejam parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, sem prejuízo ao processo normal dos fatos (§ 1º, do art. 3º, da LF n. 11.417/2006).

constitucionais concernentes à validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas. Desse modo, por meio da súpula vinculante, poderá o Supremo Tribunal: assentar entendimento sobre a constitucionalidade (validade) de lei ou ato normativo (ou de suas disposições), de qualquer esfera da federação; fixar a interpretação de dispositivo legal (ou de ato normativo) em face da Constituição (interpretação conforme) ou de dispositivo da própria Constituição; ou definir orientação quanto à vigência de lei ou ato normativo diante da Constituição (compatibilidade do direito pré-constitucional) ou quanto à eficácia de dispositivo da Lei Maior.

Os enunciados assim formulados pelo Pretório Excelso têm efeitos vinculativos em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em geral (direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal), vale dizer, não se trata de mera súpula persuasiva, como as que já vinham sendo produzidas pelos tribunais superiores, e sim de súpula dotada de obrigatoriedade (força) equivalente à de outros atos normativos. Para reforçar-lhe essa obrigatoriedade e assegurar a sua observância pelos destinatários, mas, ao mesmo tempo, corrigir eventuais excessos de aplicação, foi estendido o cabimento de reclamação às hipóteses de ato administrativo ou decisão judicial que contrariam súpula aplicável ou que apliquem súpula indevidamente (§ 3º do art. 103-A). Uma vez julgada procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal "anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súpula, conforme o caso". Como todo e qualquer ato normativo, também a súpula vinculante está sujeita a modificação ou revogação por parte do órgão emissor, tendo o Constituinte expressamente aludido a sua revisão ou cancelamento, já devidamente disciplinados pela legislação integradora.

Não há como proceder a uma análise crítica do novel instituto, avaliando-lhe as potencialidades, sem abordar o tema da natureza jurídica da súpula vinculativa, até porque se entrosa ele com a questão preliminar da constitucionalidade do instrumento.

Impõe-se, em primeiro lugar, a constatação de que não se está diante de competência jurisdicional, visto que não se trata de aplicar critério normativo na solução de conflito intersubjetivo ou mesmo de conflito objetivo, instaurado a partir da impugnação de lei ou ato normativo em face da Constituição. Em ambas as hipóteses, como vimos no item 8, estão presentes os elementos nucleares, caracterizadores do exercício da jurisdição,

razão pela qual incidem os princípios a ela aplicáveis<sup>1054</sup>, com alguma restrição no tocante ao contencioso objetivo. Coube a Hans Kelsen patentear que a criação e a aplicação do direito são momentos indissociáveis na dinâmica do ordenamento jurídico<sup>1055</sup>. Pode-se, entretanto, afirmar que nas diversas manifestações da fenomenologia jurídica ora se verifica o predomínio do elemento criativo, ora o do executivo, o que é importante para a perfeita caracterização das funções estatais clássicas (legislação, administração e jurisdição). No que concerne à expedição de súpulas vinculantes, registra-se ampla propensão doutrinária a considerá-la uma atividade muito mais de produção do que de aplicação do direito<sup>1056</sup> e, a nosso ver, com razão, muito embora não se deva, propriamente, equipará-la à atividade legiferante. Se a jurisdição pode ser vista como atividade de criação de normas para os casos concretos ou até mesmo de normas abstratas, em se cuidando de controle de constitucionalidade principal, a prevalência do caráter de aplicação do direito se infere da circunstância de que não tem o juiz a iniciativa de criação dessas normas e, complementarmente, não lhe é dada a opção de criá-las ou não. Não é o que ocorre com o exercício da competência do Supremo Tribunal Federal para editar súpulas de jurisprudentia de observância compulsória, que se faz ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição e, o que é ainda mais significativo, do princípio da inafastabilidade. Esse último princípio, inerente à jurisdição, "garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela". Assim, de acordo com a garantia inscrita no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, o legislador não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas, como decorrência,

1054 Sobre a caracterização da função jurisdicional, com a abordagem dos princípios a ela inerentes, veja-se Araújo Cintra e outros, *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 129-39.

1055 Cf. *Teoria pura do Direito*, cit., p. 252-4.

1056 Em monografia dedicada ao tema da uniformização jurisprudencial, após compenetrar o pensamento de diversos autores, assinava Rodolfo de Camargo Mancuso: "É preciso ter presente que a súpula, quando potencializada com a nota da *obrigatoriedade*, pouco ou nada fica a dever, em termos de eficácia jurídica e social, à própria norma legal [...]" Mais adiante, arremata: "[...] não se trata (*a súpula vinculante*), singelamente, de uma opção de natureza técnico-processual, senão que antes implica em relevante *escolla política*, resultando em funda alteração no desenho jurídico-institucional do país, onde, então, o precedente judicial obrigatório passa a ter um grau de eficácia semelhante ao da norma legal, operando como um paradigma obrigatório, geral, abstrato e impessoal, ou - valha o neologismo - como uma sorte de *paranorma*". *Divergência jurisprudencial e súpula vinculante*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 295-7.

não pode "o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão" (CPC, art. 126)<sup>1057</sup>.

Cabe, na sequência, avaliar se a atividade sumular se insere no âmbito da função legislativa. Não se cuida, por certo, da elaboração de lei em sentido formal, na medida em que não se integra ao processo legislativo, constitucionalmente regulado. No entanto, nela são encontrados alguns dos elementos essenciais à configuração material da função legislativa, porquanto se deferiu ao Supremo Tribunal a competência para expedir atos de imposição de normas gerais e abstratas<sup>1058</sup>. Note-se que o órgão expedidor pratica ato de natureza deliberativa ao aprovar, rever ou cancelar súmula, semelhante ao do legislador que, no uso da faculdade de conformação normativa, decide editar ato legislativo, com efeitos revogatórios em relação à legislação precedente incompatível (substituição ou eliminação da disciplina normativa anterior). A orientação jurisprudencial sumulada consubstancia normas gerais e abstratas, endereçadas aos órgãos, administrativos ou judiciários, incumbidos da aplicação oficial do direito pátrio, na forma de comandos para que, em face da Constituição, interpretem lei ou dispositivo legal (ou constitucional) de determinado modo ou adotem determinada postura quanto à validade ou eficácia de lei ou dispositivo legal. Essa normatividade sumular, todavia, não está situada no nível primário da hierarquia própria de nosso ordenamento, vale dizer, ao lado daquela resultante de leis complementares ou ordinárias ou de regulamentos autônomos<sup>1059</sup>. Em outras palavras, ao expedir súmula vinculante não está o Supremo Tribunal Federal, em sentido preciso, legislando. Cuida-se, a nosso ver, de uma atividade de produção normativa com características próprias, mas que, seguramente, se posiciona em nível subalterno à Constituição e à legislação infraconstitucional. Pode-se, *cum grano salis*, vislumbrar alguma semelhança entre a súmula vinculativa e o regulamento de execução: nos dois casos está-se diante de atos veiculadores de normas gerais e abstratas e de nível secundário, atos esses que não têm a amplitude de destinatários dos atos legislativos em sentido próprio, já que estes obrigam a todos, enquanto as súmulas e decretos regulamentares (de execução)

1057 Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros, *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 138.

1058 Sobre o conceito de lei em sentido material, veja-se nosso trabalho *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 15-22.

1059 Ao contrário, a súmula vinculante foi posta pelo Constituinte de reforma como um instrumento para obter o adequado cumprimento da legislação, em confronto com os princípios e regras constitucionais.

obrigam a alguns, isto é, no caso dos decretos, os órgãos e servidores submetidos hierarquicamente ao expedidor e, no caso das súmulas, todos os órgãos públicos, judiciários e administrativos, incumbidos da aplicação oficial do direito; tanto em uma situação como na outra, as pessoas, públicas ou privadas, que não sejam destinatárias diretas das normas secundárias, podem sofrer, indiretamente, os seus efeitos<sup>1060</sup>; também os regulamentos de execução, embora voltados ao fiel cumprimento da lei, por vezes a interpretam ou delimitam a sua validade ou eficácia.

Na dinâmica jurídica, o regulamento de execução e a súmula vinculante se apresentam como atos em que predomina a criação do direito, porém, seguramente, em um nível de liberdade bem menor do que aquele em que se move o legislador de primeiro grau, que, por seu turno, não se compara à irrestria liberdade de conformação do Constituinte Originário. Com efeito, regulamento e súmula são instrumentos de apoio ao adequado cumprimento da Constituição e da legislação infraconstitucional, estando adstritos os seus emissores aos critérios normativos estabelecidos pelas normas superiores, ainda que a precisa determinação desses critérios envolva boa dose de subjetividade. Aproximam-se, sob esse ângulo, das leis de interpretação do direito francês<sup>1061</sup>, das quais diferem, entretanto, quer pelo nível hierárquico em que se postam (nível secundário, ao contrário destas que operam no nível primário da hierarquia normativa), quer pela menor amplitude dos destinatários<sup>1062</sup>. A súmula vinculante apresenta-se

1060 Essa eficácia indireta ou reflexa apresenta impacto ainda mais contundente, em relação aos terceiros atingidos, no que toca à súmula vinculante, por obstar a impugnação desses efeitos na via judicial.

1061 Na França, consoante observamos em outra obra intitulada *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 171-2, "a necessidade de uma afirmação categórica da autoridade do Parlamento diante do Poder Judiciário, fruto de circunstâncias históricas, [...] levou à consolidação das leis interpretativas em nível doutrinário e jurisprudencial", leis essas que, a despeito de introduzirem direito novo em nível primário, se beneficiam de um regime especial quanto à retroatividade de seus efeitos, os quais independem de cláusula expressa nesse sentido. No Brasil, ao contrário, "embora se deva continuar a reconhecer a possibilidade de o Poder Legislativo editar leis destinadas a esclarecer o sentido de atos legislativos antecedentes, essas leis, ditas de interpretação, em nada se diferenciam das demais, inclusive no tocante à projeção de efeitos retroativos, que [...] demanda previsão expressa".

1062 Manoel Gonçalves Ferreira Filho alude expressamente a essa proximidade entre as súmulas de efeito vinculante e as leis interpretativas. Cf. *Curso*, cit., p. 266 e 382. Porém, ao mesmo tempo consigna que, ao editá-las, exerce o STF uma "função paralegislativa", o que indica não se tratar, propriamente, de atividade legislativa.



antes como ato de criação de normas do que de aplicação normativa muito mais pela liberdade de escolha que se reconhece ao Supremo Tribunal de editá-la (e também de modificá-la ou cancelá-la) ou não, embora para fazê-lo se exija a existência de reiterados veticidos da Corte sobre o tema sumulado e de decisões, administrativas ou judiciais, espelhando contrariedade atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública. No caso de legislação elaborada em cumprimento a específico dever de legislar, constitucionalmente imposto, tem-se a situação inversa em que não há liberdade quanto à decisão de editar ou não o ato legislativo, mas se reconhece ao legislador infraconstitucional alguma discricionariedade quanto ao momento de fazê-lo e, com maior intensidade, quanto à modelagem do conteúdo da disciplina normativa.

Por todo o exposto, resta evidenciado que não se poderia introduzir o mecanismo da súmula vinculante por meio de legislação infraconstitucional, por implicar o exercício atípico de atividade de caráter normativo (ainda que não propriamente legislativo) por órgão do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF)<sup>1063</sup>. Mas, adotada a via da reforma constitucional, cabe perquirir se não teria havido ofensa à cláusula pétreia do art. 60, § 4º, III, da Constituição da República, que não tolera sequer que seja posta em deliberação "proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes". Conforme deixamos assentado alhures, no tocante à interpretação das cláusulas integrantes do núcleo irreformável da Constituição, deve-se entender que está vedada ao Constituinte de revisão "a eliminação (abolição) de princípios nucleares da edificação constitucional ou a modificação de normas-princípio anclares ou de um grupo de normas não principiológicas" que possa "importar em grave enfraquecimento daqueles princípios essenciais, de modo a colocar sob risco sua permanência (tendência à abolição)"<sup>1064</sup>. Não nos parece ser esse o caso, pois a conformação do princípio da separação dos Poderes na Carta de 1988, embora dotada de considerável rigidez, inerente ao sistema presidencialista de governo, admite temperamentos, com o exercício de

inúmeras funções atípicas ou não características pelos Poderes do Estado<sup>1065</sup>. A competência ora outorgada ao Supremo Tribunal Federal para a edição de súmulas vinculantes, constituindo mero exercício de atividade normativa secundária *sui generis* por parte de órgão do Poder Judiciário, não provoca abalo algum nos alicerces da independência e harmonia entre os Poderes<sup>1066</sup>, o que nada predica, entretanto, em relação à conveniência desse novo instrumento de uniformização jurisprudencial.

Trata-se, como passaremos a demonstrar, de uma falsa solução para algumas (a súmula não permitiria a correção de todas) das disfunções apontadas no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

No que tange à uniformização das decisões de controle, o principal problema subsistirá: juízes e tribunais continuarão a decidir de modo contraditório acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos e decidir, por vezes, em caráter definitivo (salvo propositura de ação rescisória, se cabível), na medida em que não se elimina a causa da disfunção, que reside no controle difuso, incidental e com efeitos restritos às partes. Se examinado esse novo instrumento em cotejo com as técnicas que já vinham sendo empregadas no sentido de tentar conter a discrepância na jurisprudência sobre questões constitucionais (resolução suspensiva do Senado e ações diretas), a conclusão é a de que se logrará obter algum ganho, porém com efeitos colaterais negativos, que acabam por anulá-los. Na verdade, em alguma medida, a súmula vinculante constitui um sucedâneo da atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na via incidental de fiscalização. Desse modo, em primeiro lugar, padece ela da mesma deficiência que já apontamos, no item precedente,

1063 Haja vista a intensa participação do Poder Executivo na função legislativa, admitindo-se, em matérias específicas, que os tribunais deflagrem o processo legislativo (art. 96, II, da CF). Por outro lado, ainda que excepcionalmente, exerce o Senado Federal função jurisdicional (art. 52, I e II, da CF).

1064 De teor similar a manifestação de Rodolfo de Camargo Mancuso, *ob. cit.*, p. 313: "A súmula vinculante não causa mossa à alguma cláusula pétreia inscrita no art. 60, § 4º, da CF especialmente no que tange à 'separação de Poderes' ou aos 'direitos e garantias individuais' (incs. III e IV). A tríade - Legislativo, Executivo, Judiciário - não mais remanece com a rigidez de outrora, ocorrendo evidente complementariedade na atuação daqueles Poderes, todos devendo se immanar na persecução do bem comum. Nesse sentido, a sentença judicial acaba por se integrar, como um *posterius*, ao processo legislativo, aperfeiçoando a norma, nisso em que a vem atualizar, explicar, humanizar, e, enfim, dar-lhe a necessária concreção, trazendo-a do plano formal para o cotidiano das relações sociais."

1065 Nesse sentido, o STF considerou revogado o § 1º do art. 902 da CLT que autorizava a expedição de prejuízos pelo Tribunal Superior do Trabalho, com eficácia vinculativa para as instâncias inferiores no âmbito da Justiça do Trabalho, em face de manifesta incompatibilidade com o princípio da independência e harmonia entre os Poderes e suas decorrências, consagrado na Carta de 46 e Constituições posteriores [Rp 946, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 12-5-1977].

1066 *A proteção aos direitos adquiridos*, *cit.*, p. 223.

quanto a essa técnica, ou seja, a dependência da interposição e conhecimento de recursos extraordinários. Mas, a bem de ver, o instituto da súmula vinculante se mostra mais eficaz do que ela, em termos de uniformização da jurisprudência constitucional, porquanto dependeria de "reiteradas decisões" do Supremo Tribunal na matéria e de uma maioria mais ampla (dois terços dos Ministros) do que a necessária para a Corte declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de lei ou ato normativo [seis Ministros - art. 173, *caput*, do RISTF].

E, se de um lado não elimina a variação de jurisprudência sobre questões constitucionais, a súmula vinculativa introduz novas disfunções em nosso sistema de controle. De fato, ela permite que se imponha a todos os aplicadores oficiais do direito entendimento no sentido da constitucionalidade de lei ou ato normativo muito além dos limites objetivos por nós traçados no item 33 para as decisões de procedência de ações declaratórias de constitucionalidade, o que se fará em detrimento do princípio da supremacia da Constituição. Ademais, nos termos da redação conferida ao *caput* e ao § 1º, do art. 103-A, da Carta Magna, a súmula pode ter por conteúdo variante interpretativa acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em relação a dispositivo da própria Constituição. Suponhamos que se instaure controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e órgãos administrativos sobre a interpretação de dispositivo da Constituição Federal, com uma multiplicidade de decisões conflitantes sobre a questão constitucional, sem que isso envolva, no caso, o controle da validade de lei ou ato normativo. Depois de a Suprema Corte se posicionar reiteradamente sobre o tema, a persistir a variação jurisprudencial, poderia ela fixar o seu entendimento em texto sumular, o que o tornaria de observância compulsória pelos órgãos públicos, administrativos e judiciários, incumbidos da aplicação do direito. Sucede, no entanto, que o próprio Supremo Tribunal Federal estaria vinculado ao cumprimento da súmula, se não pelo disposto no art. 103-A, *caput*, da Constituição, que afirma ser a orientação sumulada obrigatória apenas "aos demais órgãos judiciários" [excluindo o órgão emissor], em virtude do princípio da legalidade e do princípio geral da isonomia, que a ele se associa, os quais não se coadunam com a formulação de normas gerais e abstratas cuja aplicação em concreto possa ser afastada pelo órgão que as prescreveu, mantendo-as, embora, em vigor. Ora, a vinculação da Corte Constitucional à própria interpretação acarreta indesejável enrijecimento da Constituição, que não se pode beneficiar da interpretação evolutiva, extremamente importante para preservar-lhe a força normativa e compatibilizar-lhe as prescrições com a dinâmica da realidade social a que se

reporta. Nesse ponto, se parece certo que o instituto do *stare decisis* exerceu influência na introdução da súmula compulsória no direito brasileiro, observa-se que não são idênticos os efeitos vinculativos de um e outro instituto, já que no direito estadunidense, também estruturado a partir de uma Constituição rígida, não está a Suprema Corte obrigada a respeitar sua própria jurisprudência em matéria constitucional<sup>1067</sup>.

Quanto à diminuição do número de feitos submetidos à nossa mais alta Corte, é de esperar que as súmulas vinculantes venham a produzir algum efeito benéfico nesse sentido. Todavia, o requisito da existência de decisões reiteradas da Corte previamente à edição da súmula, o elevado número de votos exigido para a aprovação de seu texto e a tendência de ser observado certo *self-restraint* pelo Supremo Tribunal no exercício dessa nova competência, que o afasta da atuação tradicional do Poder Judiciário, indicam que a redução não deverá ser tão expressiva quanto seria necessário para eliminar a sobrecarga hoje verificada. A substituição do sistema de controle de constitucionalidade atualmente em vigor, ainda atado ao modelo estadunidense, por outro de formatação europeia certamente permitiria um melhor ajuste entre a capacidade operativa de nossa Corte Constitucional e a massa de processos que lhe compete julgar. O ganho se daria principalmente no âmbito do chamado controle incidental, porquanto o volume de processos enviados ao Supremo por força de incidentes de inconstitucionalidade não seria jamais equiparável ao decorrente da atividade da Corte enquanto instância revisora, desde que envolvida matéria constitucional, mesmo que se admita a retenção de alguma competência recursal, na linha do que iremos propugnar mais adiante [item 45].

Em conclusão, a súmula de efeitos vinculativos não é o instrumento mais adequado para a solução dos problemas que justificaram a sua criação

1067 Em *O controle judicial*, cit., p. 81, nota 36, anota Mauro Cappelletti: "(...) é o resultado da regra do *stare decisis*, a qual não apenas é, em geral, menos rigorosamente observada na América que na Inglaterra, mas é, além disto, nos próprios Estados Unidos, menos rigorosamente observada em matérias constitucionais que em outras matérias, em consequência do caráter mais dinâmico e da disciplina mais lacunosa e genérica de tais matérias, que implicam em uma interpretação mais acuradamente evolutiva." No mesmo sentido, manifesta-se Bernard Schwartz, in *Direito Constitucional americano*, cit., p. 200: "A modificação da jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos, após 1937, a qual é descrita no Capítulo VIII, não podia, na verdade, ter ocorrido se a Corte Suprema americana estivesse fielmente afeerrada ao princípio inglês de fidelidade ao precedente. A liberdade do tribunal americano, nesse particular, tem-lhe permitido repudiar quase completamente a sua atitude anterior, no que concerne a questões de Direito Constitucional."

e sim a transmutação do sistema de fiscalização de constitucionalidade brasileiro em um sistema de padrão europeu, que corrigiria, ademais, as disfunções relacionadas à categoria de sanção de invalidade inerente ao modelo estadunidense. As suas fontes inspiradoras, sabidamente os precedentes vinculantes do *common law* e os assentos da antiga Casa de Suplicação portuguesa<sup>1068</sup>, estão ou estavam situadas em um contexto profundamente diverso.

Com efeito, nos ordenamentos de *common law* as decisões dos tribunais que constituem precedentes obrigatórios às próprias cortes e às instâncias que lhes estão funcionalmente submetidas são proferidas no exercício de atividade de natureza jurisdicional. Constituem atos de aplicação do direito legislado e costumeiro, aos quais regra estrutural do ordenamento atribui eficácia normativa, no sentido de extrair de seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) critério para decisões futuras que tenham em mira situação fática substancialmente idêntica. Trata-se, pois, de instituto umbilicalmente ligado à tradição da família anglo-saxônica, em que o direito é produzido de maneira descentralizada e pelo método indutivo, extraindo-se da prática judiciária normas gerais e abstratas em complemento às normas costumeiras e legisladas (assentando-lhes, em suma, a interpretação, validade e vigência), que, usualmente, deixam grande espaço para a manifestação da eficácia ordenadora da jurisprudência<sup>1069</sup>. Em tais sistemas jurídicos, extremamente comedidos e flexíveis no nível da regulação legislativa, a jurisprudência desempenha um papel estabilizador, propiciando aos próprios órgãos judiciários normas de desdobramento do direito legislado, sem o que a sua aplicação se prestaria a oscilações danosas à segurança jurídica e à isonomia. E, na medida em que os precedentes judiciais são dotados de eficácia normativa, há a necessidade de que eles próprios não se revistam de exagerada rigidez, de modo a poder acompanhar a evolução

1068 Rodolfo de Camargo Mancuso faz expressa alusão a essas duas fontes inspiradoras da súmula, trazendo interessante pesquisa sobre ambos os institutos. Cf. ob. cit., p. 159-95.

1069 Bastante ilustrativos, a propósito, os ensinamentos de Edward D. Re, no artigo "Stare decisis", cit., p. 57 e 63: "No sistema do *common law* onde o direito é enunciado e desenvolvido através das decisões judiciais, a doutrina do *stare decisis* é absolutamente essencial. Ela era indispensável nos primórdios do *common law* quando as províncias legislativas eram poucas e, geralmente, limitavam-se ao campo do direito público. (...) Atualmente a legislação cobre tão extensamente quase todos os ramos do direito, tanto público como privado, que não se pode mais pressupor que o ponto de partida seja um precedente judicial. Comumente o ponto de partida deve ser a política legislativa expressa num texto legal significativo."

da dinâmica social, o que se obtém por meio da interpretação da norma jurídica e do dimensionamento de seu âmbito de incidência ou do reconhecimento de que restou superada pelo tempo (*overruling*), o que equivale à perda de sua eficácia normativa por caducidade<sup>1070</sup> e <sup>1071</sup>. Nos ordenamentos jurídicos filiados ao *civil law*, as decisões judiciais assumem missão completamente distinta, pois a existência de extensa e minuciosa regulamentação legislativa dispensa a estabilização normatizadora da jurisprudência; ao contrário, dela se espera a oxigenação das normas legais, com a atualização de seu conteúdo pela via interpretativa. A súmula vinculante vai na contra-mão dessa exigência de flexibilidade sistêmica, enrijecendo ainda mais um sistema de cunho legalista já, por sua própria natureza, bastante rígido<sup>1072</sup>.

1070 Tércio Sampaio Ferraz Junior assim descreve o fenômeno da caducidade: "Esta ocorre pela superveniência de uma situação, cuja ocorrência torna a norma inválida sem que ela precise ser revogada (por norma revogadora implícita ou manifesta). Esta situação pode se referir ao tempo: uma norma fixa o prazo terminal de sua vigência; quando este é completado, ela deixa de valer. Pode se referir a uma condição de fato: uma norma é editada para fazer frente a uma calamidade que, deixando de existir, torna inválida a norma." *Introdução ao estudo do Direito*, cit., p. 183. A técnica do *overruling* equivale a uma caducidade do segundo tipo, a significar que todo precedente judicial, nos sistemas de *common law*, tem a sua obrigatoriedade condicionada ao contexto fático em que emergiu. Uma vez alterada significativamente a realidade social, cabe ao Poder Judiciário reconhecer a superação do precedente e a sua substituição por outro critério de decisão, compatível com a legislação e os costumes, que igualmente projetará efeitos para além do caso concreto.

1071 Ao abordar o dinamismo intrínseco do *stare decisis*, esclarece Edward D. Re, no artigo sobre o tema, anteriormente referido, p. 61-2: "A doutrina do *stare decisis* conscientemente não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os Tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada é necessário que o Tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável (*caso justifique a não aplicação do precedente estará fazendo uso da técnica do 'distinguishing'*). Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado. Um Tribunal pode preferir *estender* um princípio mais além dos limites de um caso anterior, se entender que assim estará promovendo justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o Tribunal *restringirá* o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso. Por isso, é preciso assinalar que *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança e o progresso."

1072 Invoque-se, nesse sentido, a observação, sempre lúcida, de Mauro Cappelletti, in *O controle*, cit., p. 83, nota 41: "Que a regra do *stare decisis* seja alheia ao espírito dos sistemas jurídicos de base romanista, pode-se dizer, não obstante, sem desconhecer a importância capital que, também nestes sistemas, pode assumir - e com frequência assume - a jurisprudência como fonte não formal do direito (...). Também deve ser reconhecido, de resto, que não faltaram, nem faltam, sistemas de *civil law* que adotaram, ainda que dentro de certos limites e, substancialmente, com caráter inteiramente excepcional (e sem um sucesso prático digno de nota), a ideia do vínculo aos precedentes."

Já os assentos lusitanos eram registros que fazia o tribunal mais elevado do País à época das Ordenações Filipinas, a Casa da Suplicação de Lisboa<sup>1073</sup>, acerca de sua jurisprudência iterativa, orientação essa de observância obrigatória pelas instâncias inferiores e cuja eficácia normativa acabou estendendo-se *erga omnes*<sup>1074</sup>. Inserem-se tais assentos normativos em ambiente histórico pautado pela centralização do poder estatal promovida pela monarquia absolutista, não sendo despiciente notar que os juízes e tribunais estavam, então, subordinados ao Monarca e dele recebiam, por delegação, o poder de julgar, mas, também, eventualmente, o poder de criar normas jurídicas, de que igualmente desfrutava a realza. Na medida em que o Estado português se democratizou e passou a estruturar suas instituições nos moldes da doutrina da separação dos Poderes, os assentos judiciais vinculantes tornaram-se anacrônicos e incompatíveis com os novos princípios constitucionais, tendo sido banidos do ordenamento português contemporâneo após a revogação do art. 2º do Código Civil de 1966<sup>1075</sup>.

#### 42 A adoção do modelo europeu de controle e seu impacto no sistema jurídico nacional

A essa altura já se tornou possível a compreensão das razões, de ordem técnico-jurídica e ideológica, que presidem o fenômeno que vem sendo

1073 A posição da Casa de Suplicação no sistema judiciário português foi ocupada pelo Supremo Tribunal de Justiça, órgão máximo da jurisdição comum, nos termos do art. 210, n. 1, da Constituição de 1976.

1074 Anota Rodolfo de Camargo Mancuso, in *Divergência jurisprudencial*, cit., p. 182: "Outrossim, é interessante notar que, naquele texto das Ordenações, restam palpáveis não apenas a ideia da extração de um *judgado paradigma*, como também a de sua aplicação *obrigatória* para os casos pendentes e futuros nele subsumidos. Essa dupla eficácia dos assentos viria, na sequência, reafirmada pela famosa Lei da Boa Razão, de 18.08.1769, em que no art. 4º *El Rey* decretava '(...) que os assentos já estabelecidos, que tenho determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as inter-pelações das leis constituam leis inalteráveis para sempre se observarem como tais, debaixo das penas estabelecidas.'"

1075 Veja-se o que Gomes Canotilho informa a respeito: "Os assentos eram normas materiais 'recompostas' através de uma decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito no domínio da mesma legislação. Hoje, o problema deixou de ter interesse, pois o DL 329-A/95, de 12-12 [Reforma do Processo Civil], revogou os arts. 763 a 770 do Código de Processo Civil reguladores do recurso para o Tribunal Pleno eventualmente conducente ao assento, e o art. 4º/2 do mesmo diploma revogou o art. 2º do Código Civil onde se considerava o assento como 'fonte de direito'. O TC também já se havia pronunciado pela inconstitucionalidade dos assentos (cf. Ac. TC 743/96, de 18-9-96). *Direito Constitucional*, cit., p. 938.

identificado por quase todos os estudiosos do Direito Constitucional brasileiro, qual seja o contínuo direcionamento de nosso sistema de controle de constitucionalidade rumo ao sistema-tipo europeu<sup>1076</sup>. Essa tendência insopitável se prende à circunstância de que somente o exercício da fiscalização nos moldes do sistema europeu se ajusta às necessidades que a democracia social impõe ao tratamento da complexa relação de compatibilidade entre a atividade legislativa e os seus parâmetros constitucionais. Se a inequívoca opção pela social-democracia, assumida pelo Constituinte de 1988, deve ser preservada na evolução de nosso constitucionalismo, como nos parece ser o caso, já que, malgrado o avanço do chamado neoliberalismo, registra-se um autêntico consenso quanto às linhas gerais de nosso sistema político, não se trata apenas de uma tendência do controle de constitucionalidade brasileiro, mas da evidência de que as suas inúmeras e graves disfunções estão a demandar o passo seguinte: o abandono da matriz estadunidense e o completo alinhamento à fiscalização de padrão europeu.

A fim de que essa transformação se opere, a competência para a verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos há de ser concentrada em único tribunal federal, ao menos no que tange à proteção da Constituição da República, já que também nos Estados deverá ser estruturado um sistema de controle concentrado, em que a validade de leis e atos normativos estaduais e municipais seja averiguada por um único tribunal local, tomando como referência, nesse caso, as disposições das Cartas Estaduais. Os demais juízes e tribunais, estaduais ou federais, de jurisdição comum ou especializada, estarão, conseqüentemente, impedidos de controlar a constitucionalidade de atos e omissões legislativas. O que poderão fazer, isto sim, é afastar, desde logo, arguições incidentais manifestamente infundadas ou irrelevantes para o desfecho da cause, encaminhando as que não o sejam à Corte Constitucional, por meio do incidente de inconstitucionalidade, salvo se já existir manifestação precedente desta acerca da mesma questão. A concentração da competência de controle é imprescindível, como vimos no item 40, quer em virtude

1076 Mencionem-se, entre outros: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 36; José Afonso da Silva, *Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos da PGE, 13/15.123, dez. 1978/dez. 1979; Luis Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 62; Clémerson Merlin Cleve, *A fiscalização abstrata*, cit., p. 73; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle concentrado*, cit., p. 63-5; André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 250.



do efeito uniformizador que projeta sobre a jurisprudência constitucional, quer por permitir que o sistema de fiscalização passe a operar com a sanção de anulabilidade.

Nem se diga, como aqui e ali por vezes se insinua, que a eliminação do controle difuso poderia acarretar algum dano à defesa de direitos subjetivos das pessoas comuns, quando envolvida questão de constitucionalidade<sup>1077</sup>. Na medida em que exista a possibilidade de suscitar em todo e qualquer processo a prejudicial de inconstitucionalidade, e essa é uma das características que se consolidou no sistema europeu, em nada serão afetados os direitos individuais. Ao contrário, também interessa à cidadania que as dúvidas sobre a validade de leis e atos normativos sejam dirimidas rápida e harmoniosamente, e mais, por um tribunal especializado na matéria, o que faz presumir a prolação de decisões de superior qualidade técnica<sup>1078</sup>.

Em relação ao método de controle, a reforma ora preconizada não alteraria o caráter misto do sistema, que continuaria a combinar fiscalização principal e incidental, com a diferença de que ambas estariam concentradas na Corte Constitucional. A atuação integrada do controle principal e incidental apresenta inúmeras vantagens em relação aos sistemas que adotam apenas uma dessas vias, permitindo a completa cobertura das agressões à Constituição<sup>1079</sup> e associando a velocidade da fiscalização realizada por meio de ações diretas, com a melhor compreensão da questão constitucional, iluminada pelas circunstâncias fáticas dos casos concretos, que somente a

1077 É o que se pode inferir do seguinte excerto, extraído do artigo de Edvaldo Brito Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, in *Ação declaratória de constitucionalidade*, cit., p. 47: "O controle difuso, no sistema brasileiro, é uma das garantias fundamentais com a qual o indivíduo preserva o seu direito fundamental de cidadania. Observe-se que, atribuído o efeito *erga omnes* a uma declaração de constitucionalidade in abstracto pelo Supremo, este efeito pode ser diverso para um caso concreto em que a lei como *norma originem* da relação jurídica respectiva particularize uma inconstitucionalidade, que, por isso, somente o juiz, na hipótese específica, possa identificar, mas estaria impedido pela decisão do Supremo: "Em sua investida, que entendemos procedente, contra a ação declaratória de constitucionalidade, não se apercebeu, *data venia*, o ilustre jurista baiano que o problema está na produção de coisa julgada *erga omnes* por decisões que declaram a constitucionalidade de leis e atos normativos e não na concentração da competência de controle.

1078 O que se constata é que, por detrás de um discurso em defesa da "cidadania", invariavelmente, estão presentes interesses de cunho corporativista, o que tem levado parte da magistratura de base brasileira a se posicionar contra a eliminação do controle difuso.

1079 Veja-se o item 32, *retro*.

fiscalização incidental propicia. Quanto ao controle principal, entendemos que deve desenvolver-se de modo inteiramente abstrato, isto é, desvinculado, sob o prisma processual, de considerações acerca das repercussões, diretas ou indiretas, do ato legislativo impugnado no plano das relações jurídicas subjetivas. Não nos parece que se deva franquiar aos supostamente lesados por legislação inconstitucional, mesmo que se trate de direitos fundamentais, o acesso direto à Corte Constitucional, conforme autoriza a *Verfassungsschwerde* alemã. Se é certo que o controle abstrato de normas, mesmo podendo ser provocado por ampla gama de legitimados, nem sempre capta as questões constitucionais desse naipe, o mesmo não se pode dizer do controle incidental, com a vantagem, em relação à ação direta de indole subjetiva, de ser compatível com técnicas de filtragem, evitando, pois, a sobrecarga nas atividades do tribunal concentrador da fiscalização<sup>1080 e 1081</sup>.

No que concerne à eficácia subjetiva das decisões de controle, a concentração da fiscalização de constitucionalidade (à luz da Constituição Federal) em um único tribunal tornará possível alcançar um objetivo perseguido desde 1934, nem sempre de forma adequada: a atribuição de eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade de modo geral, o que equacionará a disfunção da falta de uniformidade da jurisprudência constitucional. Nesse ponto, registramos a importância de afastar a tendência perniciosa de conferir eficácia contra todos também às decisões declaratórias da constitucionalidade de lei ou ato normativo, mormente em se tratando de decisões de rejeição de arguição de inconstitucionalidade, na

1080 Foi essa preocupação que levou Hans Kelsen a rejeitar um instrumento ainda mais radical, a ação popular constitucional, que ensinaria o acionamento do controle, em via direta, por qualquer cidadão, independentemente de demonstrar interesse subjetivo na declaração de inconstitucionalidade: "A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma *actio popularis*: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções: "Jurisdiktion constitutional, cit., p. 174.

1081 Afiguram-se-nos totalmente procedentes as objeções que Roberto Romboli apresentou para se opor à introdução do chamado "recurso direto" na Itália, as quais já foram por nós reproduzidas no item 21, nota 491. Cf. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia, cit., p. 202.

via direta ou incidental<sup>1082</sup>. Como já destacado anteriormente (itens 21 e 33), predomina nos sistemas de matriz europeia a orientação de que apenas o acolhimento de impugnação quanto à inconstitucionalidade de ato legislativo deve produzir efeitos gerais e não as decisões de rejeição, o que melhor se ajusta ao princípio da supremacia da Constituição, razão de ser dos sistemas de fiscalização. De outra parte, o não reconhecimento de efeitos *erga omnes* às decisões de controle que julgam o ato normativo impugnado conforme à Lei Maior, fora do âmbito da ação direta de constitucionalidade, cuja supressão defenderemos mais adiante (item 46), não acarretará consequências negativas no que tange à harmonia da jurisprudência constitucional. Afinal, mesmo não fazendo coisa julgada material, essas decisões tendem a ser prestigiadas pelo tribunal que as proferiu, que é o único competente para, em momento ulterior, decretar a invalidade dos atos legislativos outrora declarados constitucionais. Se isso, eventualmente, vier a ocorrer o será em virtude de apenas *a posteriori* haver-se configurado o vício de inconstitucionalidade, tenha a Corte Constitucional alertado para um processo de inconstitucionalização em curso<sup>1083</sup>, tenha ela evoluído na interpretação da lei questionada ou da própria Constituição-parâmetro, em razão de substancial alteração nas relações sociais subjacentes ou do próprio conhecimento jurídico.

Por último, a combinação entre a concentração do controle e a eficácia geral das decisões declaratórias de inconstitucionalidade fornece as condições para que o nosso sistema de controle passe a operar com a sanção de anulabilidade, rompendo com a tradição secular de que as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito. A modificação desse elemento característico da fiscalização de constitucionalidade brasileira fará com

<sup>1082</sup> Essa diretiva, ao que nos parece, nasceu na jurisprudência do STF, a partir de votos do Min. Moreira Alves, refletindo-se na redação do art. 173, *caput*, do Regimento Interno da Corte, sem maiores consequências práticas, entretanto. Posteriormente, ganhou a adesão de Gilmar Mendes, hoje também integrante do STF, que lhe deu elaborado suporte doutrinário. Finalmente, com a criação da ação declaratória de constitucionalidade e, posteriormente, com a edição da Lei n. 9.868/99, enfraqueceu-se ainda mais a resistência dos que, como nós, continuam a se opor à atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões que julgam impropriedades ações declaratórias de inconstitucionalidade, e isso de *lege lata* e *de lege ferenda*. No caso da ADC, como ficou claro no item 33, procuramos, por meio de interpretação neutralizante, evitar que a inegável eficácia geral das decisões de procedência tenha amplitude devastadora em relação ao princípio da supremacia da Constituição.  
<sup>1083</sup> Portanto, a constitucionalidade fora anteriormente afirmada de maneira imperfeita ou não definitiva.

que as decisões de controle também tenham a sua natureza alterada, deixando de ser meramente declaratórias para assumirem caráter constitutivo (negativo). Ou seja, uma vez concretizada a transmutação sistêmica, a declaração de inconstitucionalidade passará a constituir mero pressuposto da imposição da sanção de invalidade. Se hoje declarar a inconstitucionalidade de uma lei significa reconhecer-lhe a contrariedade à Constituição (vício) e a invalidade que o ordenamento automaticamente lhe impõe (sanção de nulidade), no sistema reconfigurado em padrões europeus a declaração de inconstitucionalidade importará no mero reconhecimento do vício que macula o ato impugnado, que, por essa razão, é, na sequência, tornado inválido ou anulado. A sanção de anulabilidade viabilizará, por outro lado, a modulação dos efeitos temporais das decisões de controle, o que é essencial para a correção de diversas das disfunções apontadas no item 40. Reputamos totalmente desnecessária e mesmo inadequada a importação, do direito germânico, da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a invalidação decorrente, exceto, é claro, no âmbito do controle da omissão legislativa, cujos pressupostos teóricos são profundamente diversos<sup>1084</sup>. Na verdade, o reconhecimento pelo tribunal controlador de que um ato normativo ofende à Constituição, sem, entretanto, cominar-lhe sanção alguma revela uma contradição intrínseca. Se a sanção de anulabilidade se mostra compatível com o princípio da supremacia, pois implica a invalidação do ato subalterno, ainda que lhe seja preservada a eficácia durante certo período, o mesmo não se pode dizer da declaração de inconstitucionalidade "sem a pronúncia de nulidade" (sem anulação) do direito alemão, o que explica a enorme celeuma doutrinária existente em torno dessa categoria decisória, principalmente no tocante aos efeitos que o reconhecimento do vício legislativo pela Corte Constitucional induz, malgrado não se tenha feito acompanhar pela correspondente sanção de invalidade<sup>1085</sup>.

<sup>1084</sup> Veja-se o item 7, *infra*.

<sup>1085</sup> Gilmar Mendes, notório estudioso da jurisdição constitucional alemã, observa que "a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, proferida em todos os processos de controle de normas perante a Corte Constitucional, gera ainda insegurança na doutrina", especialmente pelo fato de que as disposições pertinentes da Lei do *Bundesverfassungsgericht* "não explicitam quando o Tribunal deverá abster-se de declarar a nulidade". No tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, anota que, em regra, há uma equiparação entre essa modalidade decisória e a simples declaração de nulidade, pois uma e outra "tem o efeito de impedir que os tribunais, a administração e quaisquer outros órgãos estatais apliquem a norma inconstitucional a partir da data da decisão, observando rigorosamente a censura constante da parte

De nossa parte, sustentamos que a declaração de inconstitucionalidade com a anulação *pro futuro* da lei impugnada proporcionaria resultados idênticos aos que se poderiam obter com a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem invalidação, com a vantagem de se mostrar harmônica com os demais elementos da fiscalização de constitucionalidade de matriz europeia<sup>1086</sup>.

Urge, pois, completar o processo, iniciado com a Constituição de 1934, de transformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro em um sistema de padrão europeu, com o que se lograria obter maior eficiência na fiscalização, porquanto as mesmas questões atualmente diante dela suscitadas, ou pela via direta ou pela via incidental, seriam resolvidas com menor número de decisões, eliminando-se, de outra parte, as discrepâncias hoje verificadas na jurisprudência constitucional. A eficiência qualitativa do controle concentrado seria amplificada, além disso, pela disponibilidade de recursos mais sofisticados para a aferição da compatibilidade entre a atividade do legislador e os parâmetros normativos a que está submetido, como é o caso, principalmente, da possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões de controle, mas, também, de outras técnicas, como a das decisões interpretativas aditivas ou substitutivas, que têm ficado à margem da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ademais, questões que hoje estão excluídas do controle principal, não propriamente por razões teóricas, mas de política judiciária, para evitar uma sobrecarga ainda maior da Corte Suprema, como é o caso da incompatibilidade entre o direito pré-constitucional e a Constituição vigente<sup>1087</sup> ou da inconstitucionalidade de leis e atos normativos

dispositiva do julgado". Essa orientação, contudo, ressalta, "não é bem recebida por toda a doutrina, uma vez que ela dificilmente se deixa compatibilizar com o sistema de consequências jurídicas existentes". De toda sorte, arremata, "a Corte Constitucional reconhece a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente". *Jurisdição constitucional*, cit., p. 202-21.

1086 Sobre o tema, vejam-se, também, os itens 38 e 40, *retró*. Em última análise, a diferença entre a técnica germânica e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos anulatórios para o futuro reside no fato de que nesta o Poder Legislativo tem prazo certo para eliminar a situação inconstitucional, ao passo que naquela o prazo fica aberto.

1087 Gilmar Ferreira Mendes bem o demonstra, em sua obra conjunta com Ives G. da Silva Martins, *Controle concentrado*, cit., p. 120-31. Após examinar alguns dos mais representativos sistemas de controle europeus, conclui que, "com a exceção da Corte Constitu-

já revogados<sup>1088</sup> ou que tipifiquem lei apenas em sentido formal<sup>1089</sup>, passam a ser enfrentadas tanto na via principal quanto na incidental, como é recomendável, na medida em que ambas se desenvolvam perante a Corte Constitucional. No caso da revogação pela Constituição ("inconstitucionalidade superveniente" ou "revogação por inconstitucionalidade"), a matéria também seria passível de apreciação pela jurisdição ordinária, como, em regra, sucede nos sistemas de jurisdição constitucional concentrada<sup>1090</sup>, somente se justificando, na verdade, a intervenção da Corte Constitucional se a questão se revestir de acentuada complexidade, gerando controvérsia judiciária danosa à supremacia da Constituição e à segurança jurídica.

Como já ressaltado, a especialização funcional deverá refletir-se na elevação da qualidade jurídica do trabalho dos juízes constitucionais, tal qual ocorreu nas Cortes Constitucionais europeias de modo geral, inclusive em Portugal, que permaneceu atrelado ao controle de matriz estadunidense. Não se trata, contudo, apenas de obter magistrados mais bem preparados, tecnicamente, para lidar com as complexas questões que o Estado

cional austríaca, procuram os modernos Tribunais Constitucionais assegurar sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente". Mais adiante assinala: "Não se pode olvidar, outrossim, tal como enfatizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que o debate sobre a *inconstitucionalidade* ou *revogação* do direito pré-constitucional em face do direito constitucional superveniente está imantado por uma opção político-constitucional e pragmática, que, diante da inequívoca razoabilidade das orientações, faz prevalecer uma das duas posições ou, ainda, permite desenvolver fórmulas de compromisso, com vistas à preservação de competência da jurisdição ordinária para conhecer de questões nos sistemas de controle concentrado." E culmina por propor a revisão da orientação atual do STF: "Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afigura despropositado recomendar a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a matéria."

1088 Tanto está aqui envolvida uma opção de política judiciária que o próprio STF, com muito bons argumentos, admitiu, durante muitos anos, que o controle abstrato tivesse por objeto direito pós-constitucional revogado. Gilmar Mendes, in *Controle concentrado*, cit., p. 134, propõe, também em relação a essa matéria, a revisão da orientação da Corte: "Por outro lado, a renúncia a uma aferição de constitucionalidade da lei revogada não se deixa compatibilizar facilmente com a natureza e os objetivos do controle abstrato de normas, que se destina, fundamentalmente, à defesa da Constituição e ao estabelecimento da segurança jurídica."

1089 Conforme anota Antônio Joaquim Ferreira Custódio, ob. cit., p. 160, n. 9, de acordo com a jurisprudência do STF, "não pode ser objeto de controle concentrado ato administrativo concreto sob a forma de lei, dada a inexistência de aspectos de abstração e generalidade que caracterizam o objeto próprio da ação direta" (acórdão na ADI 767-AM, RTJ 146:483).

1090 A título de exemplo, invoque-se o sistema espanhol. Cf. Verónica Pamio, *La giustizia costituzionale in Spagna*, in *La giustizia costituzionale in Europa*, cit., p. 218.

social de Direito está permanentemente a colocar, mas, também, de obter magistrados dotados de visão institucional mais apurada, o que é imprescindível para que a Justiça constitucional possa encontrar a justa medida entre a ousadia e criatividade, indispensáveis ao desempenho de seu nobre mister, e a fidelidade aos critérios jurídicos que devem sempre presidir-lo.

A racionalização da atividade de controle ora preconizada, certamente, permitirá a agilização das decisões do Supremo Tribunal, repercutindo positivamente em todo o sistema judiciário. Ademais, a redução significativa da atuação de nossa mais alta Corte enquanto instância revisora, subproduto da reforma ora alvitrada, também contribuirá para que os processos comuns adquiram maior celeridade. Esse deveria ser afinal, o eixo de uma verdadeira reorganização estrutural do Poder Judiciário no Brasil, a ser promovida, necessariamente, por emenda constitucional<sup>1091</sup>. Lamentavelmente, desperdiçou-se a oportunidade de fazê-lo por ocasião da Emenda n. 45, de 2004, sem embargo do acerto de algumas de suas medidas<sup>1092</sup>. Se a partir da Constituição se estrutura o ordenamento jurídico, a partir do sistema de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos devem ser organizados o Poder Judiciário e seus procedimentos, buscando-se nessa e em outras importantes medidas complementares<sup>1093</sup> a maneira de se fazer valer o princípio da celeridade processual ou a garantia da "razoável duração do processo", com os meios que a assegurem [art. 5º, LXXVIII, da CF].

### 43 O controle concentrado no plano estadual

Não é o caso, dados os limites e objetivos de uma abordagem essencialmente sistêmica, de analisar com detalhes o impacto da reconfiguração

<sup>1091</sup> E isso por várias razões: o monopólio da jurisdição constitucional assim o exige, pois, de um lado, impede-se aos juízes e tribunais ordinários o exercício de uma competência que decorre da conformação usual da função jurisdicional e, de outro, são modificadas as atribuições do STF; a generalização da eficácia *erga omnes* das decisões de controle também demanda normatividade de nível constitucional, como salientado no item 37; finalmente, não se pode substituir a categoria sancionatória da nulidade pela da anulabilidade sem revisão do Texto Magno [veja-se o item 35, *retro*].

<sup>1092</sup> É o caso da instituição do Conselho Nacional de Justiça [art. 103-B da CF], que poderá vir a dar maior transparência e eficiência à atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

<sup>1093</sup> Como, por exemplo, a racionalização e simplificação do sistema recursal; a utilização intensiva da tecnologia da informação nos procedimentos judiciais em geral; o incentivo às formas descentralizadas de solução de controvérsias etc.

do sistema de controle brasileiro na fiscalização de natureza tipicamente estadual, tendo como parâmetro os princípios e normas das Constituições dos Estados. Podem-se, entretanto, tecer algumas considerações de cunho genérico sobre o tema.

Entendemos, primeiramente, que o sistema estadual de controle deva estruturar-se nos moldes do sistema federal, como tem sido da nossa tradição. E isso não apenas por apego ao paralelismo institucional, mas, principalmente, porque a manutenção do controle estadual em padrões estaduaisenses acarretaria a grave disfunção de uma mesma lei, estadual ou municipal, poder sofrer sanções distintas (nulidade ou anulabilidade), dependendo de onde estiver sediado o princípio ou norma superior que viole (Constituição Estadual ou Federal).

Assim sendo, a competência de controle haveria de se concentrar em Cortes Constitucionais estaduais. Nesse caso, não se mostra adequado seguir a orientação que adotamos para a fiscalização em nível federal, que consiste na adaptação do Supremo Tribunal para exercer o monopólio da jurisdição constitucional. Os Tribunais de Justiça, que são os tribunais de cúpula do Poder Judiciário dos Estados, têm o perfil de cortes de apelação, exercendo ampla competência revisional em relação às decisões dos juízes singulares de primeiro grau de jurisdição, não sendo viável, pois, reduzir-lhes a competência, essencialmente, à matéria constitucional. Daí a conclusão de que seria necessária a criação de tribunais especializados nos Estados, a quem se deferiria o monopólio do controle de constitucionalidade local<sup>1094</sup>, podendo ser-lhes atribuídos, igualmente, o processamento e o julgamento de algumas questões reputadas relevantes para o equilíbrio institucional da unidade federada<sup>1095</sup>.

<sup>1094</sup> As Cortes Constitucionais estaduais não retirariam dos Tribunais de Justiça a condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário estadual e, portanto, o exercício das competências do art. 96, II, da CF, constituindo uma Justiça especializada em matéria constitucional, com atribuições bem demarcadas.

<sup>1095</sup> Muito embora o controle de constitucionalidade esteja no âmago da jurisdição constitucional, é comum a sua extensão à verificação da regularidade de atos administrativos de autoridades de elevado nível hierárquico ou ao julgamento destas por crime comum ou de responsabilidade. Essa interpretação flexível do princípio da especialidade da jurisdição constitucional concentrada já houvera sido preconizada por Kelsen, na célebre comunicação apresentada ao Instituto Internacional de Direito Público: "Naturalmente, também seria possível dar à jurisdição constitucional, por razões de prestígio ou outras, o controle de certos atos individuais do chefe de Estado ou do chefe de governo, supondo-se que se desse, de modo geral, submetê-los a um controle jurídico. Assinalamos enfim que pode ser oportuno, eventualmente, fazer do tribunal constitucional uma Suprema Corte de Justiça, encarregada de julgar os ministros acusados, um tribunal central de conflitos, ou atribuir-lhe outras competências mais, para evitar a instituição de jurisdições especiais." *Jurisdição constitucional*, cit., p. 161-2.



A esses Tribunais Constitucionais, portanto, caberia, com exclusividade, aferir a constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual respectiva (art. 125, § 2º, da CF). Seriam eles instados a fazê-lo ou por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou por meio de incidente de inconstitucionalidade, suscitado perante a jurisdição ordinária estadual. Em ambas as hipóteses, se julgada procedente a arguição, sobreviria decisão declaratória da inconstitucionalidade do ato normativo increpado, com a imposição, conseqüente, de sua anulação. Essa decisão produziria efeitos *erga omnes*, sendo modulados, quanto ao aspecto temporal, pelo órgão prolator, nos termos da disciplina legislativa infraconstitucional específica<sup>1096</sup>. Manter-se-ia, pois, a unidade do sistema sancionatório da inconstitucionalidade legislativa no ordenamento brasileiro, apenas com a substituição da sanção de nulidade pela de anulabilidade, inclusive no plano estadual.

No tocante às normas constitucionais estaduais a serem tomadas como referência para a realização da fiscalização, importa distinguir três situações. Se essas normas forem peculiares à Constituição local, inexistindo normas similares na Carta Federal, o controle estadual se desenvolverá de forma totalmente autônoma em relação àquele que tem por objeto as leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição da República. Uma vez anulado o ato impugnado na esfera federal ou estadual, por decisão com eficácia geral, não há por que prosseguir na fiscalização que, eventualmente, também se tenha instaurado na outra esfera, por falta de interesse de agir. No entanto, se a norma estadual paradigma reproduzir disposição da Constituição Federal, importa ter presente a clássica diferença entre as normas constitucionais estaduais de imitação e aquelas de reprodução obrigatória<sup>1097</sup>. No primeiro caso, a situação é idêntica àquele

<sup>1096</sup> A nosso ver, caberia à lei ordinária federal, nos termos do art. 22, I, da CF, disciplinar o incidente de inconstitucionalidade federal e estadual, bem como as ações diretas de inconstitucionalidade a serem processadas e julgadas perante o STF e as Cortes Constitucionais dos Estados, o que incluiria a modulação dos efeitos temporais das decisões de controle.

<sup>1097</sup> Essa dicotomia é atribuída a Machado Horta, que utiliza a nomenclatura "normas de imitação" (de reprodução espontânea) e "normas de reprodução" (de reprodução compulsória). "A norma de reprodução não é, para os fins da autonomia do Estado-Membro, simples norma de imitação, frequentemente encontrada na elaboração constitucional. As normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sua gestão exercida pelo modelo superior. As normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior, enquanto a norma de imitação traduz adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional." *Autonomia do Estado no Direito Constitucional brasileiro*, in *Direito Constitucional*, cit., p. 433.

em que a norma constitucional estadual paramétrica não tiver correspondente no corpo da Constituição Federal, ou seja, a fiscalização se desenvolve com total autonomia no âmbito local<sup>1098</sup>. Mais complexa, entretanto, torna-se a análise se o preceito constitucional estadual for daqueles que reproduzem, por força de limitação à autonomia política do ente federado<sup>1099</sup>, norma da Constituição da República, a qual, mesmo se não contemplada na Carta local, teria plena incidência no território da unidade federada. A melhor orientação a respeito do assunto, sem dúvida, é a que proclama estarem essas questões constitucionais sob o domínio exclusivo do controle de constitucionalidade federal. Atualmente, sendo os órgãos do Poder Judiciário estadual competentes para realizar controle incidental, quer em face da Constituição local, quer em face da Constituição da República, a questão se reveste de importância apenas para determinar a legitimidade ou não da propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante Tribunal de Justiça, tendo por objeto leis (ou atos normativos) estaduais ou municipais em confronto com normas de reprodução obrigatória inseridas na Constituição Estadual. De acordo com a premissa estabelecida, se o ato normativo impugnado for estadual, cabe ação direta junto ao Supremo Tribunal Federal, ao passo que se for municipal não cabe controle principal algum, pois, como já vimos<sup>1100</sup>, inexistente, à luz da ordem constitucional vigente, a fiscalização abstrata de leis municipais diante da Constituição Federal<sup>1101</sup>.

<sup>1098</sup> Nesse sentido também se manifestou CLEMERSON M. CLÉVE, in *A fiscalização abstrata*, cit., p. 274.

<sup>1099</sup> Tal limitação decorre de princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal, que na classificação proposta por José Afonso da Silva, na esteira dos estudos de Machado Horta, são agrupados em princípios sensíveis (cujo desatendimento autoriza intervenção federal) ou princípios estabelecidos: "[...] aquelas regras que revelam, previamente, a matéria de sua organização e as normas constitucionais de caráter vedatório, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retratamento da autonomia estadual, cuja identificação reclama pesquisas no texto da Constituição." Portanto, os princípios ditos estabelecidos (terminologia haurida da Carta de 1946) podem ser de natureza mandatória ou vedatória, recebendo acolhida explícita ou implícita no Texto Magnó. Cf. *Curso de Direito Constitucional positivo*, cit., p. 593-9.

<sup>1100</sup> Item 32, *retro*.

<sup>1101</sup> É esse, igualmente, o entendimento de CLEMERSON MERLIN CLÉVE, in *A fiscalização abstrata*, cit., p. 273: "Se a norma reproduzida é federal, ainda que constante de documento constitucional estadual, então apenas o Supremo Tribunal Federal seria competente para conhecer eventual ação direta de inconstitucionalidade aforada contra lei estadual. Tratando-se, porém, a impugnada, de lei municipal, então incorre possibilidade de fiscalização abstrata, porque no direito brasileiro inexistente ação direta contra lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal ('silêncio eloquente')." "

Não é essa, entretanto, a tese dominante na jurisprudência do Pretório Excelso, que tem admitido, nessas circunstâncias, o processamento de ação direta de inconstitucionalidade estadual, ressalvando a possibilidade de interposição de recurso extraordinário se a decisão final do Tribunal de Justiça interpretar a norma de reprodução obrigatória da Carta local de modo a contrariar o sentido e o alcance da norma federal reproduzida.<sup>1102</sup> Os fundamentos dessa direttriz jurisprudencial, *data maxima venia*, são absolutamente convincentes. Afirma-se, de um lado, que, se as normas de repetição obrigatória das Constituições Estaduais não servirem de referência ao controle abstrato desenvolvido perante os Tribunais de Justiça, a sua pertinência ficará sobremodo restrita.<sup>1103</sup> De outra parte, argumenta-se com a inexistência de impedimento à admissibilidade de recurso extraordinário em sede de contencioso objetivo, o que viabilizaria o controle do Supremo Tribunal sobre a interpretação das normas constitucionais federais reproduzidas.<sup>1104</sup> Por último, no caso da impugnação de lei ou ato normativo estadual, se houver a propositura simultânea de duas ações diretas, uma perante o Tribunal de Justiça e outra perante o STF, determina-se a suspensão do andamento da primeira, no aguardo da decisão de mérito na

1102 A decisão que expressou, pioneiramente, essa orientação do STF foi adotada na Reclamação n. 383-SP, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, registrando-se intensa polêmica na Corte, da qual resultaram quatro votos vencidos. Para melhor ilustração, segue a ementa do acórdão: "Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente." *RTJ* 147:404. No mesmo sentido, veja-se as decisões nas Reclamações n. 358-2/SP (*RT* 793:165), 425-Agr/RJ (*RTJ* 152:371), 558-7/RJ (*RT* 741:178) e 588-7 (*RTJ* 163:836) e na ADI 1.529-0 (*RD* 208:300).

1103 Foi essa a tônica do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no julgamento da Rcl 383-SP.

1104 O relator, Min. Moreira Alves, construiu o seu voto no julgamento da Rcl 383-SP sobre esses fundamentos. Para um resumo de seu ponto de vista e, de resto, de toda a discussão então travada, consulte-se Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Controle da constitucionalidade das leis municipais*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 106-8.

segunda, o que preservaria, satisfatoriamente, a autoridade do veredicto final do Pretório Excelso.<sup>1105</sup> Não cabe ao Supremo Tribunal ampliar o espectro de abrangência do controle abstrato estadual a custo de mal alinhavado compartilhamento de situações-objeto com a fiscalização federal da mesma natureza. Na verdade, o argumento, menos jurídico e mais de política judiciária, de que a vedação à utilização de normas constitucionais estaduais de reprodução obrigatória no julgamento de ações diretas pelos Tribunais de Justiça amesquinhará o controle abstrato local não consegue esconder o propósito da Corte Suprema de "delegar" às Cortes Estaduais, com reserva de iguais poderes para si, uma parcela da fiscalização principal tendo por objeto leis e atos normativos estaduais em face da Constituição Federal. E, no tocante às leis e atos normativos municipais, pode-se dizer que o Supremo descobriu uma maneira de, indiretamente, submetê-los ao controle por meio de ação direta, tendo como referência a Constituição Federal, sem, entretanto, elevar, demasiadamente, o número (já bastante elevado) de processos de sua competência.<sup>1106</sup> O recurso extraordinário é um instrumento processual que permite ao Supremo Tribunal exercer controle sobre as decisões judiciais que possam revelar-se ofensivas à Constituição Federal, ou porque interpretam e aplicam equivocadamente dispositivos da Carta Magna ou porque julgam válidas leis ou atos norma-

1105 Assim procedeu o STF ao apreciar pedidos de medida liminar nas ADIs 1.423-4/SP (*DJU*, 22-11-1996) e 2.361-6/CE (*DJU* 12-8-2003). No mesmo sentido, o despacho proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, na qualidade de relator da ADI 2.146-SP, deferindo parcialmente pedido de suspensão do andamento de ADI estadual, apenas para que o TJSP se abstivesse de apreciar a constitucionalidade da Lei Estadual n. 10.340/99, com fulcro em dispositivos da Constituição local que consubstanciavam normas de reprodução compulsória da Constituição Federal e também invocados como parâmetro em ADI para, lealmente em curso perante o STF. Na ementa desse despacho anotou-se: "No julgamento de ação de inconstitucionalidade de lei estadual a coincidência de ações propostas perante o Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de violação de normas da constituição Federal reproduzidas na constituição Estadual, prevalece a competência do Supremo Tribunal Federal. Todavia, se a ação proposta perante a Justiça Estadual envolve preceitos de lei estadual não abrangidos na ação proposta perante o Supremo Tribunal Federal, é válida a competência do Tribunal de Justiça do Estado para decidir sobre esta matéria adicional." *RD* 220:237-9.

1106 Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *in* *Controle*, cit., p. 108-10, parece questionar essa forma obrigatória de contornar o silêncio eloquente do Constituinte Federal no tocante ao controle de constitucionalidade, em via direta, das leis municipais diante da Constituição da República.

tivos federais, estaduais ou municipais que a contrariam<sup>1107</sup>, tendo, todavia, sempre em vista o julgamento de casos concretos, no âmbito do contencioso ordinário ou subjetivo. Quanto a esse último aspecto, basta se ater aos termos claros e precisos do dispositivo constitucional de referência, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para "julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância". Ora, "causas" são processos que versam sobre controversias entre partes<sup>1108</sup>, não se prestando, pois, a designar processos de caráter objetivo. Nos domínios da fiscalização abstrata de normas, tal qual estruturada pela Constituição Federal, não há que falar na interposição de recurso extraordinário. Com efeito, se a decisão de controle foi proferida pelo Supremo, de há muito já se firmara a jurisprudência da Corte quanto à sua irrecorribilidade, o que acabou sendo confirmado pela Lei n. 9.868/99 (art. 26). Se foi tal decisão prolatada por Tribunal de Justiça, no julgamento da ação direta contemplada pelo § 2º, do art. 125, da Lei Maior, somente pode versar sobre questão de constitucionalidade de diretrizes estaduais, descabendo recurso extraordinário por ofensa a direitos locais (Súmula 280 do STF). Ao admitir que nas ações diretas estaduais seja o ato impugnado posto em confronto com normas constitucionais federais, apenas instrumentalmente inseridas na Constituição local, já que de observância compulsória pelos Estados-membros, alargou o Supremo Tribunal indevidamente a abrangência da fiscalização abstrata estadual, vendo-se na contingência de também alargar o cabimento do recurso extraordinário para evitar prejuízo irreparável à sua função precípua de guarda da Constituição<sup>1109</sup>.

1107 No caso das decisões declaratórias da inconstitucionalidade de direito federal, e que ensejam a interposição de recurso extraordinário com fundamento na alínea b, do inc. III, do art. 102, da CF, a finalidade não é tanto a proteção à Constituição quanto ao próprio direito federal, muito embora se possa dizer que a equivocada declaração de invalidade de um ato do Poder Público em face da Constituição Federal a agride reflexivamente.

1108 É certo que a doutrina processual tem considerado o vocábulo "causa" no texto constitucional em foco em sentido amplo, de modo a compreender os processos de jurisdição voluntária (cf. Moacyr A. Santos, ob. cit., v. 3, p. 183), porém sob o pressuposto de que a questão controvertida interfira na esfera subjetiva do recorrente.

1109 É de observar, contudo, que pode vir a transitar em julgado, à míngua da interposição de RE, decisão da Justiça Estadual ofensiva à Constituição Federal, por importar em interpretação equivocada da norma reproduzida em âmbito local e por reputar válida, em face dessa exigese, lei ou ato normativo estadual ou municipal ou apenas por assentar, indevidamente, a validade do diploma impugnado diante da norma federal.

Por ocasião da estruturação do controle concentrado estadual, na esteira da ampla reforma ora preconizada, ter-se-ia a oportunidade de corrigir mais essa disfunção do sistema de fiscalização brasileiro atual, se até lá o Supremo Tribunal mantivesse a sua jurisprudência sobre a matéria, assentando-se que as decisões das Cortes especializadas estaduais são irrecorribis<sup>1110</sup> quanto ao deslinde das questões constitucionais de sua competência, que não podem, por isso mesmo, abranger a verificação da compatibilidade de leis estaduais e municipais diante de normas da Constituição Federal, ainda que reproduzidas em âmbito local. Salvo se o controle da constitucionalidade do direito comunal em face da Lei Maior for deferido às Cortes Estaduais, como nos parece de boa razão, podendo-se, nessa hipótese, cogitar de alguma flexibilização do princípio da irrecorribilidade, como veremos mais adiante.

Com efeito, afigura-se-nos sensato estabelecer, *de lege ferenda*, uma nova diretriz em relação ao controle de constitucionalidade, em via principal ou incidental, das leis e atos normativos municipais diante da Constituição Federal. Atualmente, como se sabe, o direito comunal somente pode ter a sua conformidade com a Constituição Federal avaliada na via incidental, à exceção do confronto indireto, por meio das normas de repetição compulsória das Constituições Estaduais. Na medida em que o Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão concentrador da competência de controle em nível central, será o único tribunal competente para realizar a fiscalização tendo por parâmetro a Constituição da República, caberia a ele a tarefa de fazê-lo também em relação às leis e atos normativos municipais, nesse caso somente por meio de incidente de inconstitucionalidade, salvo se ampliado o objeto do controle abstrato de normas federal. O exercício do controle concentrado das leis municipais, contudo, sem precedente nos sistemas de matriz europeia, porquanto em nenhum deles as entidades comunais desfrutam da autonomia legislativa de que gozam entre nós, poderá acarretar o colapso da atividade judicante da Corte Suprema, em face da quantidade de Municípios existentes no Brasil. Essa preocupação, adicionada ao fato de que raramente a ofensa à Constituição Federal da parte da legislação comunal apresenta repercussão institucional de monta, faz com que nos encaminhemos a outra solução: as Cortes Constitucionais

1110 O que não impede, obviamente, que venham a ser cassadas pela Corte Federal, provocada por meio de reclamação, desde que considere ter ocorrido usurpação de sua competência ou menoscabo à autoridade de alguma de suas decisões.

estaduais, quase que inteiramente desembaraçadas da jurisdição ordinária, seriam incumbidas, também, do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em confronto com a Constituição Federal. Nessa hipótese, poder-se-ia atender aos reclamos da doutrina, que, de longa data, vem propugnando pela submissão do direito municipal à fiscalização abstrata com fulcro na Constituição Federal<sup>111</sup>. Destarte, as leis e atos normativos editados pelos Municípios seriam sempre passíveis de controle perante a Corte Estadual, ou pela via incidental ou por meio de ação direta, e em ambos os casos as normas constitucionais de referência seriam tanto as da Constituição Estadual quanto as da Constituição Federal. Isso em nada afetaria a concentração do sistema de controle, por existir apenas um órgão jurisdicional competente para realizar a fiscalização pertencente em cada nível federativo, com objeto e parâmetro distintos. Nem se diga que a missão de assegurar o primado da Constituição Federal sobre a legislação subalterna em geral deve caber ao Supremo Tribunal Federal, sem exceção alguma. Ora, o papel de guarda da Constituição, que justifica o caráter limitado de suas atribuições jurisdicionais, jamais significou que

<sup>111</sup> Invoque-se, e.g., o magistério de Regina M. Macedo Nery Ferrari, in *Controle da constitucionalidade*, cit., p. 104: "Em que pese toda a polêmica em torno da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em tese de lei municipal frente à Constituição Federal, sob o sistema da Constituição anterior, a nova Constituição do Brasil, de 1988, repete a antiga no que diz respeito ao assunto ora tratado. Parece ser omissão lastimável da parte do legislador constituinte não prever que o conflito se pode estabelecer entre a lei municipal e a Lei Maior da Federação brasileira e ser arguida em processo de via de ação, quando prevista por essa via até mesmo o controle da constitucionalidade das leis e atos municipais frente à Constituição Estadual." Gilmar Ferreira Mendes entende que a "lacuna" restou superada com o advento da Lei n. 9.882/99, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, haja vista o permissivo de seu art. 1º, par. único: "A Lei n. 9.882/99 veio, em boa hora, contribuir para a superação dessa lacuna, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal no âmbito desse processo especial. Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o Supremo Tribunal Federal aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante. Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranquilidade, que não apenas a lei objeto de declaração de inconstitucionalidade no município 'A', mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas." *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, cit., p. 142. São, todavia, bastante questionáveis tanto a construção exegética que possibilita esse exercício de arguição autônoma (cf. o item 37, *retro*) quanto a que empresta à expressão "efeito vinculante" o sentido peculiar que lhe confere o renomado constitucionalista e juiz constitucional (cf. item 34, *retro*).

a Corte tivesse o monopólio da interpretação e aplicação das normas nela inseridas. Não seria diferente após assumir a exclusividade do controle de constitucionalidade de leis federais e estaduais diante da Constituição da República, já que, fora do âmbito da fiscalização de constitucionalidade, continuaria lícito à jurisdição ordinária interpretar e aplicar dispositivos da Lei Maior se necessário ao julgamento de casos concretos. Não resta dúvida, no entanto, que o conflito entre o direito comunal e os princípios e normas constitucionais federais pode assumir, a depender do porte do Município ou do tema envolvido, dimensões institucionais que recomendem a intervenção, de algum modo, da Corte Suprema<sup>112</sup>. Para esses casos, propomos a abertura de exceção ao princípio da irrecurribilidade das decisões de controle proferidas pelas Cortes Constitucionais locais, de maneira a possibilitar que, por meio de recurso extraordinário, seja a matéria submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal<sup>113</sup>. Esse duplo grau limitado em sede de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais também não abala o princípio da concentração, pois o que ele determina é o tratamento unificado das questões de constitucionalidade, impedindo que uma mesma lei seja examinada, simultaneamente, quanto à sua validade por órgãos jurisdicionais diversos, o que não é o caso. O que aqui se preconiza é que da decisão unitária proferida pelo órgão de controle da Justiça Estadual poderia haver recurso para a Corte Constitucional federal, suspendendo-se, pois, os efeitos de decisão anulatória eventualmente proferida ou viabilizando-se a imposição de sanção de anulabilidade em segunda instância, mesmo após decisão *a quo* no sentido da constitucionalidade do diploma legal impugnado.

#### 44 Esboço de uma disciplina para a arguição incidental

Em um sistema de controle de constitucionalidade concentrado é fundamental o instituto do incidente de inconstitucionalidade, que hoje, com

<sup>112</sup> Imagine-se, por exemplo, a legislação de caráter tributário de um Município como São Paulo ou o Rio de Janeiro e o seu impacto na estrutura federativa, ou a regulamentação municipal do exercício da liberdade de religião ou de reunião etc.

<sup>113</sup> Essa hipótese de cabimento de recurso extraordinário poderia ser agasalhada em norma, aproximadamente, do seguinte teor: "Cabe ao STF julgar recurso extraordinário de decisão de Corte Constitucional estadual sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, tanto no controle principal quanto no incidental, se demonstrada relevante repercussão quanto aos princípios e normas fundamentais da República."

menor ou maior largueza, difundir-se entre os sistemas de matriz europeia<sup>114</sup>. E isso por duas razões básicas: primeiro porque aproxima a interpretação e aplicação das normas constitucionais dos casos concretos, capacitando as questões de constitucionalidade com repercussão no âmbito das relações intersubjetivas; segundo, porque permite aos juízes e tribunais ordinários participar, de algum modo, do controle que estão, diretamente, impedidos de exercer.

A magistratura de base, com efeito, desempenha importante papel no controle exercido incidentalmente pela Corte Constitucional. De um lado, realiza a filtragem das questões de constitucionalidade suscitadas por terceiros, impedindo que sejam submetidas à jurisdição especializada arguições manifestamente improcedentes ou irrelevantes para o desfecho dos processos pendentes. E, de outro, deferre-se a ela própria o poder de provocar, *ex officio*, a manifestação do órgão monopolizador da competência de controle. Em termos gerais, como é adequado à presente investigação, passamos a esboçar o que poderia ser a disciplina do incidente de inconstitucionalidade brasileiro, valendo-nos da experiência na regulação do instrumento nos sistemas de controle europeus.

A competência para a instauração do incidente deve ser deferida ao juiz ou tribunal em que tramita o feito cujo julgamento de mérito dependa da superação da dúvida de constitucionalidade. Seria facultado ao juiz de primeira instância ou tribunal agir de ofício ou mediante requerimento de uma das partes, do Ministério Público ou de um dos órgãos ou entidades legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*, da CF)<sup>115</sup>.

De toda sorte, devem estar presentes alguns pressupostos para que o incidente tenha seguimento. Assim, a questão constitucional precisa ser relevante para a decisão da causa, isto é, a sua superação deve ser indispensável para que o juízo ou tribunal *a quo* possa proceder à prestação jurisdicional a que está obrigado. Aliás, o requisito da relevância da questão constitucional é próprio da fiscalização incidental, tanto nos sistemas

114 Em alguns sistemas, como é o caso do italiano, essa modalidade de fiscalização é responsável pela maior parte dos julgamentos proferidos pela Corte Constitucional. Cf. Louis Favoreu, *As Cortes Constitucionais*, cit., p. 37.

115 Afinal, atualmente, os titulares do direito de ação em sede de controle abstrato já estão habilitados a participar do incidente de inconstitucionalidade que se desenvolve perante os tribunais, para operacionalização do disposto no art. 97 da CF (art. 482, § 2º, do CPC, com a redação da Lei n. 9.868/99).

difusos quanto naqueles que adotam a concentração da competência de controle<sup>116</sup>. Ademais, não pode a dúvida de constitucionalidade ser manifestamente infundada, como sucederia, por exemplo, na hipótese de já haver sido a matéria apreciada pela Corte Constitucional, *principaliter* ou *incidenter tantum*, com a declaração de constitucionalidade da lei impugnada. Muito embora as decisões de controle que rejeitam arguição de inconstitucionalidade não produzam coisa julgada *erga omnes*<sup>117</sup>, não é lícito à jurisdição de base submeter à Corte incidentes já anteriormente repelidos, salvo se sobrevier alteração substancial na realidade fática, provocando alteração na interpretação das normas em cotejo, ou se nova argumentação jurídica for construída no sentido da invalidade do diploma impugnado. Se a hipótese for a de mera reapresentação da questão de inconstitucionalidade, mantidas as razões já examinadas pelo órgão de controle, impõe-se o não conhecimento do incidente, sem decisão de mérito, pela falta do pressuposto da plausibilidade<sup>118</sup>.

Quanto ao momento processual em que pode ser instaurado o incidente, parece-nos de inteira procedência a regra constante do art. 35, n. 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol (Lei Orgânica n. 2/79), segundo a qual "o órgão judicial somente poderá promover a questão uma vez encerrada a instrução e dentro do prazo para prolatar sentença". Desse modo, o processo já estará saneado previamente à deflagração do incidente,

116 Como mencionado no item 32, tal pressuposto figura entre as célebres "regras de bom aviso" que nos legou Lúcio Bittencourt, em estudo pioneiro (*O controle*, cit., p. 116-7), demonstrando a sua observância de longa data na jurisprudência do STF e da Suprema Corte americana. Com respaldo nas lições de Thomas Cooley, ensina o publicista pátrio: "É sempre que, num dado caso, os autos permitam o exame da tese, mas forneçam, paralelamente, outro fundamento, suficientemente forte, sobre o qual se possa alicercar o julgamento, tornando assim 'imaterial' ou irrelevante para o caso a questão constitucional, esta deverá ser deixada para ulterior exame, quando surgir outro processo que, não podendo ser decidido sem ela, torne imperativo o pronunciamento jurisdicional."

117 Veja-se o item 42, *retró*.

118 Cf. Pietro Virga, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 546. Consoante anota Roberto Romboli, La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteadas en vía incidental, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 48:61, set./dez. 1996, a Corte Constitucional italiana "com a decisão de manifesta falta de fundamentação (...) parece expressar o juízo de que a questão não deveria nem sequer haver sido submetida a seu exame, não sendo sequer duvidosos os fundamentos, dada a clara e manifesta inconsistência, e solicitar, desse modo, ao juiz que exercite melhor a função de filtragem das exceções de inconstitucionalidade que deve enviar à sua decisão".



com a verificação da presença dos pressupostos para a sua constituição e desenvolvimento regular e das condições da ação (art. 267, IV e VI, do CPC), e inteiramente instruído, o que é importante para a perfeita apreensão dos contornos fáticos da matéria constitucional em debate.<sup>119</sup> Ressalve-se que nada impede que arguição incidental venha a ser promovida nas sucessivas instâncias em que tramitar o feito principal, mesmo não o tendo sido nas etapas precedentes ou mesmo que nela se tenha negado seguimento ao incidente, enquanto a causa não estiver decidida por sentença transitada em julgado.<sup>120</sup>

O incidente de inconstitucionalidade se desenvolve em dois níveis, isto é, perante o juízo ou tribunal *a quo*, que o instaura e, por decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC), nega-lhe ou lhe dá seguimento, e perante a Corte Constitucional, que lhe reexamina a admissibilidade e, uma vez conhecendo-o, decide a questão prejudicial, declarando constitucional ou inconstitucional a lei impugnada.

O procedimento perante a instância introdutória deve incluir um contatário limitado, facultando-se às partes, ao Ministério Público e aos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade manifestação sobre o cabimento do incidente e o mérito da questão de constitucionalidade suscitada, previamente à decisão do órgão jurisdicional de base de submeter ou não a matéria à Corte especializada. A decisão interlocutória que dá efeito de delimitar a matéria a ser apreciada pelo Tribunal Constitucional<sup>121</sup>, que deverá ater-se à verificação da compatibilidade com a Lei Maior dos dispositivos legais questionados, muito embora, tal qual sucede no controle por meio de ação direta, esteja a Corte livre para fazê-lo tomando como referência a Constituição no seu todo e não apenas os preceitos apontados como violados. Nota-se, aqui, uma relevante diferença em relação à fiscalização incidental em um sistema difuso, na qual se defere ao órgão de

<sup>119</sup> É essa também a orientação do direito constitucional italiano, como atesta Pietro Virga, ob. cit., p. 542-3.

<sup>120</sup> Cf. art. 35, n. 2, *in fine*, da LOTC espanhol. No ordenamento peninsular também assim se procede: "O incidente pode ser proposto em todos os estágios processuais e, embora tenha sido trancado em primeiro grau, pode ser renovado em cada grau ulterior do processo." Pietro Virga, ob. cit., p. 542.

<sup>121</sup> Segundo informa Pietro Virga, fazendo referência ao art. 23 da Lei n. 87, de 1953, o despacho de admissibilidade na instância *a quo* "deve indicar as disposições da lei, ordinária que se entende violadas por inconstitucionalidade, bem como as disposições da Constituição ou de leis constitucionais que se pretende violadas". *Diritto Costituzionale*, cit., p. 544.

lização incidental em um sistema difuso, na qual se defere ao órgão de controle a possibilidade de amplo questionamento da validade de normas legais e regulamentares que forneçam critérios para a decisão da causa. A decisão acerca do seguimento do incidente deve ser motivada, como de resto, em nosso ordenamento, devem ser fundamentadas todas as decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), cabendo à legislação infraconstitucional pertinente assentar-lhe a irrecorribilidade, sem prejuízo do reexame pelo Supremo Tribunal da admissibilidade do incidente (incluindo a verificação da presença dos pressupostos e a regularidade do procedimento), previamente ao deslinde da questão constitucional<sup>122</sup>. Na medida em que ocorra a submissão da dúvida de constitucionalidade ao Pretório Excelso, deverá o juízo ou tribunal suscitante encaminhar-lhe os autos do incidente, acompanhados da cópia de inteiro teor dos autos do processo que o originou.

No âmbito do tribunal *ad quem*, uma vez assentada a admissibilidade do incidente, deverá ser ouvida a Procuradoria-Geral da República e, depois disso, aberto prazo para manifestação facultativa das partes no processo principal e dos órgãos e entidades arrolados no art. 103, *caput*, da Constituição Federal, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 7º, § 2º, e 9º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n. 9.868/99<sup>123</sup>. Finalmente, o incidente será decidido, declarando-se a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo questionado, na segunda hipótese com a anulação, total ou parcial, do diploma em pauta. Daí por que as decisões de acolhimento de arguição incidental fazem coisa julgada contra todos, produzindo efeitos, retroativos ou irretroativos, nos termos da modulação constante do decisório, desde a sua publicação no veículo da imprensa oficial.

Como se percebe, o incidente de inconstitucionalidade deve receber disciplina, constitucional e infraconstitucional, que o proveja de acentuada autonomia no tocante ao processo do qual se originou. Se é certo que desempenha um papel instrumental em relação a este, pois soluciona a pre-judicial de constitucionalidade que se antepõe ao julgamento de mérito, envolve uma decisão cuja importância transcende, e muito, os limites do

<sup>122</sup> Nesse sentido são as prescrições da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, que lhe permite rechaçar sumariamente ("em trâmite de admissão") a questão de constitucionalidade, após audiência do Chefe do Ministério Público ("Fiscal-Geral do Estado"), "quando falarem as condições processuais ou for notoriamente infundada a questão suscitada" (art. 37, n. 1).

<sup>123</sup> Como vimos no item 11, a tendência nos sistemas de jurisdição constitucional contrastada é de uma crescente objetivação do procedimento incidental.

caso concreto, porquanto se trata de assentar a validade de ato legislativo ou de anulá-lo e coarctar-lhe os efeitos, com maior ou menor amplitude. Bem por isso, tal qual sucede, *mutatis mutandis*, no controle abstrato de normas (art. 5º da Lei n. 9.868/99), a desistência da ação principal não deve interferir no prosseguimento da fiscalização incidental autônoma.<sup>1124</sup>

De outra parte, são marcantes as diferenças entre o incidente associado ao controle concentrado e o incidente de inconstitucionalidade disciplinado nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. No primeiro caso, cuida-se de integrar o método incidental de controle à atuação do tribunal que detém a competência exclusiva para a fiscalização de constitucionalidade de leis e atos normativos, associando-se os órgãos judiciários de base à jurisdição constitucional. No segundo, trata-se de promover o controle de constitucionalidade difusamente assegurado a todos os órgãos do aparato judiciário, como parte da atividade jurisdicional ordinária, diante de regra específica que impõe, no âmbito dos tribunais, que a declaração de inconstitucionalidade seja proferida pelo voto da maioria de seus membros (ou do respectivo órgão especial), razão pela qual se estabelece a cisão funcional da competência para julgamento de recursos toda vez que órgão fracionário repete inconstitucional lei ou ato normativo de manipulação imprescindível à decisão da causa. Essa diferença conceitual transparece no tratamento diversificado quanto à eficácia subjetiva das decisões de controle, em um e outro incidente de inconstitucionalidade. O tribunal *ad quem*, em sede de jurisdição constitucional concentrada, decide o incidente a ele remetido pela Justiça comum com efeitos gerais, produzindo-se coisa julgada *erga omnes* na hipótese de acolhimento da arguição de inconstitucionalidade. Por seu turno, a decisão do pleno ou do órgão especial que lhe faça as vezes no incidente suscitado por órgão fracionário produz os mesmos efeitos da resolução de prejudicial de inconstitucionalidade por juiz singular, ou seja, afeta indiretamente as partes, e apenas a estas, na medida em que abre caminho à solução da controvérsia existente, mediante prescrições perpetuadas pelo instituto da coisa julgada substancial. As

decisões em incidentes de inconstitucionalidade recursais, por outro lado, produzem um efeito adicional, de natureza meramente processual, consistente na dispensa do procedimento de cisão funcional se o órgão fracionário pretender declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo assentada, precedentemente, pelo respectivo tribunal pleno ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (art. 481, par. único, do CPC, com a redação da Lei n. 9.756/98).

E, diga-se de passagem, também não há similitude, embora exista maior proximidade, entre o incidente de inconstitucionalidade cuja disciplina vimos de esboçar e o incidente que se pretende introduzir com a PEC n. 406/2001. Por meio desse último, pretende-se agilizar a manifestação do Supremo Tribunal Federal no controle incidental, facultando-lhe uma espécie de advocação da matéria constitucional pendente de apreciação em qualquer juízo ou tribunal, desde que haja requerimento nesse sentido de um dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade e desde que se esteja diante de questão de reconhecida relevância. Em acréscimo, atribui-se a essas decisões do STF eficácia *erga omnes*, preservada por coisa julgada material. Contudo, não se põe termo à difusão da competência das jurisdições de base para realizar controle de constitucionalidade, o que bem demonstra estar-se ainda distante do chamado incidente europeu.<sup>1125</sup>

#### 45 A reconfiguração do recurso extraordinário e a eliminação da ADPF

Uma vez concentrada a competência para a fiscalização de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, no tocante ao controle em face da Constituição Federal, com exceção das leis e atos normativos municipais, já não haveria razão para o exercício da ampla atividade revisional que atualmente a Corte desempenha em relação às decisões das instâncias

1124 Ao explorar a característica da autonomia do incidente relativamente ao processo originário, Pietro Virga, em seu *Diritto Costituzionale*, cit., p. 545-6, assim indica a compreensão no direito italiano: "Disso segue, em primeiro lugar, que o juízo perante a Corte prosegua, mesmo se o juízo que permaneceu suspenso devesse cessar por alguma razão [...]. Outra consequência é que não se defere à Corte nenhum controle acerca dos pressupostos processuais do juízo suspenso e acerca das condições de admissibilidade da ação perante ele exercitada."

1125 Gilmar Mendes, um dos principais defensores do incidente-advocatório, assim traça as diferenças entre ambos, in *Direitos Fundamentais*, cit., p. 405-6: "Ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de controle de constitucionalidade, nos quais a Corte Constitucional detém o *monopólio da decisão* sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, o incidente de inconstitucionalidade não altera, em seus fundamentos, o sistema *diffuso* de controle de constitucionalidade, introduzido entre nós pela Constituição de 1891. Juízes e tribunais continuam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do Texto Magno, mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância."

subalternas que firam matéria constitucional. Afinal, o que se pretende com o atual regime de admissibilidade do recurso extraordinário é, fundamentalmente, habilitar o Pretório Excelso a cumprir a missão de guarda da Constituição, com o que se lhe dá a possibilidade de reformar julgados preferidos por outros tribunais em descompasso com a Lei Maior. Ora, é possível demonstrar que esse desiderato pode ser perfeitamente atingido sem que a Corte Suprema tenha de decidir quanto ao mérito, as causas em que afloram as questões constitucionais e que hoje, certamente, são um dos principais fatores responsáveis pelo excesso de trabalho de seus Ministros. Com isso, caberia à jurisdição ordinária, com exclusividade, à exceção de uma ou outra matéria de acentuado relevo institucional, a decisão dos conflitos intersubjetivos, sendo-lhe subtraído o controle de constitucionalidade dos atos normativos em geral, ao passo que à jurisdição constitucional competiria, em regra, apenas a fiscalização de constitucionalidade, mas, nesse caso, monopolizando a atividade. Destarte, estaria atendido o princípio da especialização, que informa a atuação dos Tribunais Constitucionais no modelo de inspiração kelseniana<sup>1126</sup>.

Em sede de controle de constitucionalidade, a vigente disciplina do recurso extraordinário permite ao Supremo Tribunal reformar decisões de única ou última instância que tenham, indviduamente, reconhecido a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, com fulcro nas alíneas *c* e *d*, do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal, ou de lei ou ato normativo federal, com esteio na alínea *a*, do referido dispositivo. Ora, implantando o modelo de fiscalização concentrada, ainda que os juízes e tribunais ordinários reputem constitucional determinada lei ou ato normativo, estarão obrigados a instaurar incidente de inconstitucionalidade e remetê-lo à apreciação do órgão de controle sempre que for suscitada dúvida consistente quanto à validade desse diploma, sem prejuízo de poderem fazê-lo de ofício<sup>1127</sup>. Portanto, apenas as decisões dos órgãos jurisdicionais de base que neguem seguimento a incidente de inconstitucionalidade por manifesta (isto é, evidente, clara, insofismável) falta de fundamento da questão suscitada, sendo irrecuráveis, escapariam do crivo da Corte especializada. A possibilidade de aplicação indevida de legislação inconstitucional pela Justiça comum, por conseguinte, seria

bastante diminuta na modelagem que se preconiza para o sistema de controle brasileiro. Aliás, o novo sistema se apresenta muito mais eficaz do que o atual para colibir a anomalia em foco, já que, *de lege lata*, inúmeras vezes ocorre a aplicação de leis e atos normativos contrários à Lei Maior por decisão judicial, sem que o Supremo Tribunal Federal possa corrigi-la, pois depende sempre da interposição (e do seguimento) de recurso extraordinário<sup>1128</sup>. No sistema concentrado, dificilmente os juízes e tribunais *quo* deixariam de submeter previamente ao Supremo a questão de inconstitucionalidade diante deles suscitada, salvo se manifestamente infundada. E se o fizerem, por abuso de poder ou avaliação equivocada do pressuposto da plausibilidade da questão constitucional, o problema poderá ser contornado por meio de reclamação ao Pretório Excelso<sup>1129</sup>. Finalmente, o recebimento dos autos do incidente pela Corte Constitucional deve ser seguido de publicação da ocorrência, o que possibilita que outros juízes ou tribunais suspendam os processos em curso em que também se mostre necessária a aplicação da legislação impugnada, instaurando incidentes correlatos, nos quais consignarão sua própria apreciação da matéria, enunciando o debate perante o órgão de controle<sup>1130</sup>. Diante da disciplina imprimeada à arguição incidental, entendemos que se deva seguir a diretriz da maior parte dos sistemas europeus, que, salvo em matéria penal, não costumam admitir a rescisão de decisões transitadas em julgado que tenham

1128 Daí a admissão, com maior largueza do que a usual, de ações rescisórias de decisões que presuppõem válida legislação tida como ofensiva à Constituição Federal (veja-se o item 35, *retro*).

1129 Na espécie, a reclamação seria interposta com a finalidade de preservar a competência da Corte (art. 13, *caput*, da Lei n. 8.038/90).

1130 É o que se passa no direito peninsular, consoante atesta Roberto Romboli, no artigo La tipologia de las decisiones, cit., p. 40-1: "Finalmente, o auto de remissão é publicado no *Diário Oficial da República* [...], como maneira de se dar ciência a todos os operadores jurídicos e, em particular, aos juízes, que uma determinada disposição legislativa está *sub iudice*, recomendando-se, assim, prudência em sua aplicação e, para o juiz, instigando-lhe a reflexão se não deveria suspender o processo e remeter ele também à Corte a questão de inconstitucionalidade, com motivação própria e destacada [...]." Anota o referido autor que a Corte Constitucional italiana sempre rejeitou a possibilidade de os juízes e tribunais se limitarem a suspender o andamento dos feitos, no aguardo da decisão de incidente de inconstitucionalidade, exigindo-se a instauração de procedimento incidental específico acerca de idêntica questão de constitucionalidade, o que parece de bom alvitre, para evitar que incidente infundado possa acarretar a suspensão de milhares de processos, até que o órgão de controle venha a julgá-lo improcedente. Não se pode olvidar, ademais, que no sistema europeu o ato legislativo viciado por inconstitucionalidade goza de validade condicional, até ser objeto de anulação judicial.

1126 Veja-se Hans Kelsen, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 155-64.

1127 Estamos propondo para a disciplina do incidente, nesse aspecto, orientação idêntica à do ordenamento italiano. Cf. o item 21, *retro*.

dado aplicação a lei posteriormente anulada pela Corte Constitucional. Afinal, se o ato legislativo, mesmo contrário à Constituição, dispõe de validade provisória, após ultrapassar incógnite todas as etapas de um processo judicial e serem os seus efeitos concretos cristalizados em sentença definitiva, a sua invalidação subsequente pelo órgão de controle não deve afetar as relações intersubjetivas consolidadas com fundamento no título judicial. Do contrário, estar-se-á atribuindo ao princípio da supremacia da Constituição um peso exacerbado no cotejo com o princípio da segurança jurídica, ao se afastar a presunção de constitucionalidade das leis, reforçada no sistema de sanção de anulabilidade, e, simultaneamente, ao se abrir exceção à intangibilidade das decisões judiciais transitadas em julgado.

A alínea b, do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal, por outro lado, autoriza que se submetam ao crivo do Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário, as decisões judiciais, de única ou última instância, declaratórias da inconstitucionalidade de lei federal. O objetivo do permissivo, como já salientado, não é tanto preservar a supremacia da Constituição quanto resguardar a legislação federal de decisões das instâncias subalternas que, claudicando no exame da questão de constitucionalidade, acabem por fulminar indevidamente ato legislativo editado pela União.<sup>1131</sup> Ora, tal temor restará inteiramente superado pela concentração da competência para controlar a constitucionalidade das leis federais e estaduais, em face da Constituição Federal nas mãos do Supremo Tribunal, com o que já não será lícito aos demais juízes e tribunais proceder à invalidação de lei federal por motivo de inconstitucionalidade.

Mas o regime atual do recurso extraordinário contempla a possibilidade de de sua utilização fora do âmbito do controle de constitucionalidade dos atos legislativos, no caso de decisões judiciais de única ou última instância

<sup>1131</sup> Veja-se o item 43, *retró*, e a nota 1.107. Em face da finalidade diversa do permissivo, em contraste com o da letra c, do inc. III, do art. 102, da CF, entendemos que a declaração de inconstitucionalidade de decreto regulamentar federal, de natureza executória, em nenhuma hipótese pode ser objeto de recurso extraordinário. Mas parece-nos, de outra banda, que a declaração de revogação de lei federal deve ser equiparada à declaração de inconstitucionalidade de lei federal. Nesse sentido, invoque-se o magistério de Gilmar Mendes, in *Controle concentrado*, cit., p. 130-1: "Essa conclusão resulta ainda mais evidente da cláusula contida no art. 102, III, b, que admite o recurso extraordinário contra decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Significa dizer que qualquer juízo sobre a incompatibilidade entre a lei federal ou o tratado pré-constitucional e a Constituição atual levado a efeito pela instância a quo é valorado pela Constituição como declaração de inconstitucionalidade, dando ensejo, por isso, ao recurso extraordinário."

que, aplicando diretamente normas da Constituição Federal, as interpretem equivocadamente, consubstanciando hipótese de ofensa à Constituição (alínea a, do inc. III, do art. 102, da CF). Se hoje a revisão dessas decisões das instâncias ordinárias se afina com o papel de guarda da Constituição, genericamente atribuído ao Pretório Excelso, não mais assim o seria após a convalidação de nosso sistema difuso em um sistema de controle concentrado, pois ao Supremo Tribunal Federal caberia a missão de fazer prevalecer a supremacia da Constituição essencialmente no âmbito do controle de constitucionalidade. O monopólio da fiscalização no sistema modelar europeu, como já destacado, associa-se à especialização da Corte Constitucional, que, com uma ou outra exceção, deve-se dedicar exclusivamente à verificação da compatibilidade (precedente ou subsequente) dos atos legislativos em face da Constituição. Destarte, a interpretação e aplicação de dispositivos da Constituição Federal, que não envolva controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, deve ser deferida, em princípio, à jurisdição ordinária, esgotando-se, em seu âmbito, o exame da matéria, inclusive com a interposição dos recursos cabíveis. Todavia, de par com a tendência registrada em alguns dos mais representativos sistemas de matriz europeia (Alemanha e Espanha), sustentamos que o tribunal concentrador da competência de controle, sem prejuízo dessa função nuclear, deve também, a título subsidiário, participar do sistema interno de proteção jurisdicional aos direitos fundamentais em concreto. Bem por isso, propugnamos pela manutenção do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal, em face de decisões judiciais de única ou última instância, que ofendam à Constituição, porém limitadamente à violação das normas que deem respaldo aos direitos e garantias fundamentais invocados em juízo, recurso esse cujo provimento poderia implicar apenas a cassação da decisão recorrida ou a sua substituição, com o julgamento da causa.<sup>1132</sup>

Diante da reconfiguração ora proposta para o recurso extraordinário, afinada com o desenho de uma jurisdição constitucional concentrada, tornar-se-ia inteiramente dispensável o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com efeito, o campo de aplicação da arguição, nas mais otimistas das perspectivas doutrinárias a seu respeito,

<sup>1132</sup> A hipótese de cabimento do recurso poderia ser assim definida normativamente: "Cabe ao STF julgar recurso extraordinário de decisão judicial, de única ou última instância, que contrarie norma desta Constituição assecutoria de direito ou garantia fundamental, podendo o provimento do recurso, nos termos da lei, importar apenas na cassação da decisão recorrida."

estaria totalmente coberto pelo sistema jurisdicional brasileiro após a ampla reforma que se vaticina e se preconiza. Destarte, o controle da constitucionalidade dos atos legislativos assumiria amplitude máxima, pois abrangeria leis, em sentido formal ou apenas em sentido material, editadas nos três níveis da federação, mesmo se já revogadas pela própria Constituição ou por legislação ordinária subsequente<sup>1133</sup>, admitindo-se as decisões declaratórias de inconstitucionalidade efeitos desconstitutivos oponíveis contra todos. No tocante aos atos administrativos *lato sensu*, se de natureza normativa e diretamente reportados à Constituição Federal, seriam objeto de controle de constitucionalidade, enquanto os de efeitos concretos, atentatórios a preceitos fundamentais, seriam passíveis de questionamento por parte dos interessados, mediante o uso dos instrumentos processuais adequados, no âmbito da jurisdição ordinária. Por último, na hipótese de decisões judiciais ofensivas a normas fundamentais da Constituição, as situações, em tese, mais usuais e de maior significação a ensejar reparo por ADPF são exatamente aquelas que continuariam a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, agora por meio da interposição de recurso extraordinário, visto pressuporem a violação de direito ou garantia fundamental.

O recurso extraordinário ao Supremo, tradicional no sistema de recursos brasileiro, seria, portanto, mantido, porém sob regime jurídico bastante modificado, comportando duas hipóteses básicas de cabimento: a primeira, tendo por objeto decisões das Cortes estaduais ao fazerem o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais diante da Constituição Federal (item 43, *retro*); a segunda, tendo por objeto decisões judiciais de única ou última instância ofensivas a direitos e garantias fundamentais. Em relação a essa segunda forma de utilização do apelo extremo, pode-se vislumbrar certa semelhança com o recurso constitucional alemão, que a Lei Fundamental de Bonn coloca à disposição de todo aquele que se sinta prejudicado pelo Poder Público no que concerne aos seus direitos fundamentais (art. 93, 4a). Entretanto, o recurso constitucional tem um campo de aplicação muito mais amplo<sup>1134</sup> do que aquele que ora se projeta

<sup>1133</sup> É de observar que nos sistemas de padrão europeu a inconstitucionalidade de leis e atos normativos diante de Constituição já revogada se resolve em termos de convalidação da legislação discrepante, cuja compatibilidade com a Constituição vigente, entretanto, pode ser avaliada pela Corte Constitucional (no plano da eficácia e não no da validade). Cf. Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 77.

<sup>1134</sup> Cf. o item 11, *retro*.

para o recurso extraordinário brasileiro, em um sistema de jurisdição constitucional concentrada, assinalando a doutrina que o *verfassungsbeschwerde* "representa a via de acesso por excelência da justiça constitucional tedesca"<sup>1135</sup>. Maior proximidade haveria com o recurso de amparo do direito constitucional espanhol, mas, ainda assim, a abrangência do amparo ultrapassa em muito os limites traçados para o uso do recurso extraordinário após a reforma constitucional em exame<sup>1136</sup>. Não haveria, pois, razão para temer que o recurso extraordinário assim reconfigurado pudesse vir a provocar o congestionamento na atuação jurisdicional da Suprema Corte, como parece haver ocorrido na Espanha, por força da larga admissão do recurso de amparo<sup>1137</sup>.

#### 46 Inconveniência e desnecessidade da ação direta de constitucionalidade

A introdução da ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, por força da Emenda n. 3/93 à Constituição vigente, provocou intensa polêmica nos meios jurídicos nacionais, sustentando inúmeros autores que o novo instrumento de controle em via principal enfraqueceria, sobremodo, o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF) e alguns dos postulados essenciais ao sistema de direitos e garantias

<sup>1135</sup> Cf. Francesca Rescigno, *La giustizia costituzionale in Germania*, in *La giustizia costituzionale in Europa*, cit., p. 118.

<sup>1136</sup> Com efeito, nos termos no art. 41, n. 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, o recurso de amparo se destina à proteção de todas as pessoas no que toca à violação de direitos e liberdades fundamentais, decorrentes de normas (não veiculadas por lei ou atos com força de lei), "atos jurídicos ou simples atos materiais dos Poderes Públicos do Estado, das Comunidades autônomas e demais entes públicos de caráter territorial, corporativo ou institucional, assim como de seus funcionários ou agentes". O amparo constitucional, por conseguinte, pode ter por objeto ato administrativo (em sentido amplo) ou ato (ou omissão) de um órgão judicial, desde que, nessa última hipótese, estejam presentes os requisitos do art. 44, n. 1, da LOTC, a saber, o esgotamento das vias ordinárias, a violação direta (e não reflexa) do direito ou liberdade fundamental pelo ato judicial e o prequestionamento da matéria.

<sup>1137</sup> Veronica Parnio, em texto inserido na obra coletiva *La giustizia costituzionale in Europa* (La giustizia costituzionale in Spagna), cit., p. 234, observa que, "não obstante a existência de diversas competências do Tribunal constitucional, o recurso de amparo representa aquela que ocupa a maior parte dos seus trabalhos". E arremata: "É, de fato, por meio dessa via que chegam ao Tribunal mais de 95% das questões de que se deve ocupar e é por causa da existência desse acesso direto que o juiz constitucional se encontra sobrecarregado de trabalho."



fundamentais, tais como as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF). Pretendeu-se, destarte, que o Constituinte de revisão teria malferido as cláusulas pétreas dos incisos III e IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição Federal<sup>1138</sup>. A matéria foi posta à consideração do Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, por meio de questão de ordem suscitada pelo relator na ADC n. 1-1/DF, questão essa que importou na avaliação incidental da constitucionalidade da Emenda n. 3/93, na parte em que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade. Por ampla maioria<sup>1139</sup>, firmou a Corte entendimento no sentido da constitucionalidade do instituto. E o fez, a nosso ver, de forma absolutamente irrepreensível, dada a inconsistência, *data venia*, da argumentação dos que divi-savam vício de inconstitucionalidade na ação declaratória então incorporada ao controle abstrato de normas brasileiro. Com efeito, em se tratando de controle em via principal de natureza abstrata, é inexorável a sua conformação em termos de contencioso objetivo, razão pela qual cai por terra a pretensa violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, que lhe é inerente, princípios esses que somente *cum grano salis* podem ser transpostos para processos de controle abstrato de normas<sup>1140</sup>. De igual

<sup>1138</sup> Nesse sentido, com alguma variação entre si, as manifestações de Ana Maria Scar-tezzini, Edvaldo Brito, Ives Gandra da Silva Martins, Fátima Fernandes de Souza Garcia e Marcelo Figueiredo na obra coletiva *Ação declaratória de constitucionalidade*, cit., p. 1-13, 39-50, 121-36 e 155-81.

<sup>1139</sup> Registrou-se por ocasião do julgamento da OJ na ADC 1-1/DF apenas o voto dissidente do Min. Marco Aurélio, que pendia pela inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade introduzida pela EC n. 3/93 (DJ, 5-11-1993).

<sup>1140</sup> Parece ser esse o encaminhamento dado ao tema pela eminente processualista Ada Pellegrini Grinover, no artigo Controle da constitucionalidade, cit., p. 7-8, ao asseverar: "Quando a declaração de constitucionalidade ocorre no processo comum, via controle difuso, a questão prejudicial é submetida a contraditório pleno. Ao contrário, quando a questão é objeto da própria ação declaratória de constitucionalidade, o contraditório não se estabelece, a pretensão de um caráter objetivo da ação direta, que não envolveria o interesse de partes. No entanto, o contraditório não é apenas direito subjetivo da parte, mas sim garantia objetiva do próprio processo e fator legítimo do exercício da jurisdição, de modo que não é possível tolerar processos sem contraditório, ao menos eventual, qualquer que seja a natureza da causa." Atoento a considerações desse jaez, o legislador infraconstitucional, ao disciplinar o procedimento da ADC, previu a possibilidade de o relator determinar a realização de audiência pública para a oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria em debate (o que inclui os aspectos fáticos e jurídicos da questão constitucional), podendo, ainda, solicitar informações aos tribunais superiores, aos tribunais federais e aos tribunais estaduais sobre a aplicação da legislação questionada no âmbito de sua jurisdição (art. 20, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.868/99).

modo, não há nenhuma incompatibilidade entre o controle de constitucionalidade em via principal, sob qualquer de suas modalidades, e o princípio do devido processo legal, pois se é lícito ao Constituinte, originário ou de revisão, instituir o controle abstrato de normas, para melhor resguardar a supremacia da Constituição, há que admitir seja ele submetido a uma disciplina processual peculiar, que se afasta, em alguns pontos, da que envolve o exercício ordinário da jurisdição. Não se pode extrair, de outra parte, da garantia da plena proteção judiciária uma vedação a que a verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos seja feita em via principal e com eficácia *erga omnes*, até porque realizada por um órgão do Poder Judiciário, no exercício de atividade jurisdicional extraordinária<sup>1141</sup>. O que a garantia do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição assegura é a apreciação pelo Poder Judiciário, observadas as regras de competência, de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, o que não seria afetado mesmo que a atribuição da fiscalização de constitucionalidade passasse a ficar concentrada em um único tribunal especializado, cabendo aos demais juízes e tribunais dirimir os litígios concretamente articulados, com a observância da jurisprudência da Corte Constitucional quanto às questões de sua alçada. E, se o controle abstrato de normas envolve o exercício de jurisdição, não há sequer cogitar de ofensa ao princípio da separação de Poderes, não obstante a própria atribuição de funções normativas ao Poder Judiciário, como ora ocorre com a súmula vinculante, não possa ser, em si mesma, acoinhada de ofensiva à independência e harmonia entre os Poderes<sup>1142</sup>.

Jamais fizemos objeção ao instituto da ação declaratória de constitucionalidade no plano de sua conformidade à Constituição e sim no tocante à sua inconveniência como técnica de controle. A finalidade de todo e qualquer sistema de fiscalização de constitucionalidade é a preservação da Constituição, do que decorre a necessidade de expurgar do ordenamento

<sup>1141</sup> Afigura-se-nos inteiramente procedente, outrossim, a ponderação do Min. Moreira Alves, no voto proferido em OJ na ADC 1-1/DF: "Ademais, se o acesso ao Judiciário so-fresse qualquer arranhão por se afastar, nos casos concretos, a possibilidade de se utilizar do controle difuso de constitucionalidade para se arguir a inconstitucionalidade, ou não, de um ato normativo já objeto de decisão de mérito, extensível a todos, por qualquer dos instrumentos do controle concentrado em abstrato, esse arranhão decorreria da adoção do próprio controle concentrado, a qual se fez pelo Poder Constituinte originário, e não exclusivamente da instituição de um de seus instrumentos como o é a ação declaratória de constitucionalidade." *In Ação declaratória de constitucionalidade*, cit., p. 200.

<sup>1142</sup> Veja-se o item 41, *retro*.

jurídico as leis e atos normativos inconstitucionais<sup>1143</sup>. Os erros de apreciação que, eventualmente, venham a ser cometidos pelo órgão de controle admitem correção, ou por ele próprio, em decisão subsequente que modifique a orientação anteriormente imprimida, caso a inconstitucionalidade tenha sido declarada com efeitos apenas *inter partes*, ou, na hipótese de decisão de controle produzir coisa julgada *erga omnes*, pelo legislador, mediante a reedição de ato legislativo de teor idêntico ao anteriormente declarado inválido. De modo geral, os sistemas de fiscalização não se preocupam em preservar no tempo as decisões de controle que tenham imputado na declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo<sup>1144</sup>, e isso quer se trate de jurisdição constitucional difusa ou concentrada, com atuação pelo método principal ou incidental. A declaração de constitucionalidade, por conseguinte, consubstancia sempre um juízo provisório no sentido da validade do ato impugnado, que não impede o órgão de controle, em nova arguição, nele identificar ofensa à Constituição, declarando sanção de nulidade imposta pelo ordenamento ou fazendo atuar sanção de anulabilidade. É natural que assim o seja, pois, na atualidade, como visto anteriormente<sup>1145</sup>, o vício de inconstitucionalidade é concebido de forma dinâmica, podendo-se configurar lentamente, na medida em que a realidade social se modifica para tornar contrária à Constituição uma disciplina normativa que, precedentemente, a ela se afeiçoava. Isso sem dizer que as alterações no domínio dos fatos interferem profundamente na interpretação quer das normas constitucionais parâmetros, quer das normas legais controladas, do que pode resultar conclusão diversa da assentada em um

1143 A rigor, nos sistemas de matriz estadunidense, que adotam a sanção de nulidade, o ato inconstitucional não pertence ao ordenamento jurídico, pois nasce inválido e destituído de qualquer efeito, independentemente do reconhecimento judicial dessa situação. No plano pragmático, contudo, as variações quanto à interpretação do ato normativo e da própria Constituição interferem na caracterização da inconstitucionalidade, o que, dada a multiplicitude de operadores do direito, traduz-se em controvérsia a respeito da existência ou não do vício, sendo, pois, compreensível a necessidade de controle *a posteriori* para afastar a aplicação equivocada que se pretenda fazer de lei inconstitucional. Marcello Neves, por se atrevel, nessa matéria, ao pensamento keiseriano, retratário à nulidade de pleno direito, sustenta que "a lei inconstitucional é norma pertencente ao ordenamento jurídico, inválida (nula ou anulável) e, com certas restrições, juridicamente eficaz, enquanto não se profira decisão que a expulse definitivamente do sistema jurídico". Cf. *Teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 85.

1144 Ressaltados, é claro, os reflexos da declaração de constitucionalidade *in concreto* sobre as questões jurídico-subjetivas objeto das decisões de mérito.

1145 Vejam-se os itens 38 e 40, *retro*.

primeiro momento quanto à compatibilidade destas com aquelas. Aliás, a interpretação dos textos normativos também se modifica pela própria evolução do conhecimento jurídico, que é contínua e cada vez mais veloz, em face da integração crescente entre os povos e da intensificação correlata dos estudos de Direito Comparado. De outra parte, diante da tecnicidade da legislação contemporânea, não raro um texto legal somente é compreendido em toda sua plenitude de significado após o decurso de razoável período de tempo, porquanto só a aplicação continuada da norma permite desvendar a complexidade dos fatos por ela regrados e, ao mesmo tempo, desorientar ao intérprete-aplicador todo o seu potencial em termos de programa normativo (espaço de interpretação). À luz dos objetivos perseguidos pelo controle de constitucionalidade e dos limites e condições de sua atuação, portanto, não faz o menor sentido perenizar, por meio da coisa julgada material *erga omnes*, os efeitos de decisão declaratória da higidez de uma lei ou ato normativo, impedindo, pois, a sua invalidação posterior, em detrimento, obviamente, do princípio da supremacia da Constituição. Afinal, a alternativa que se ofereceria para a eliminação dos efeitos da sobredita legislação seria a sua revogação pelo legislador, o que, entretanto, não satisfaz plenamente, já que a revogação opera *ex nunc*, sendo complexa e, por vezes, juridicamente inviável<sup>1146</sup> a substituição da disciplina legal contestada por outra, com eficácia retroativa.

A inconveniência manifesta de emprestar definitividade (substancial) às decisões declaratórias de constitucionalidade é que explica o fato de a grande maioria dos sistemas de controle de matriz europeia não lhes atribuir a eficácia inerente à coisa julgada *erga omnes*. De outra parte, apenas no sistema alemão é possível identificar um instrumento similar à nossa ação declaratória de constitucionalidade<sup>1147</sup>, pois nos demais sistemas europeus

1146 Não seria viável, por exemplo, no sistema jurídico brasileiro, em face da garantia do Inc. XXXVI, do art. 5º, da CF.

1147 Ao disciplinar o controle abstrato de normas, previsto no art. 93 (1), n. 2, da Lei Fundamental de Bonn, estabeleceu o § 76 da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, na tradução de Gilmar Mendes: "A ação proposta pelo Governo Federal, por um Governo Estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, nos termos do artigo 93, I, n. 2, da Lei Fundamental, somente é admissível se um dos órgãos legitimados considerar que o direito federal ou direito estadual, (1) em virtude de sua incompatibilidade formal ou material com a Lei Fundamental ou com outras disposições do direito federal, é nulo, ou (2) considerar que disposição do direito federal ou do direito estadual é válida após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição ou com o

são proferidas decisões declaratórias da validade do ato impugnado somente no caso de rejeição de arguições de inconstitucionalidade, em via incidental ou principal. Nos sistemas que seguem de modo mais ortodoxo o modelo estadunidense, por seu turno, as decisões de controle (resolução incidental da questão de constitucionalidade) não fazem coisa julgada, *inter partes* ou *erga omnes*, muito embora no sistema de origem a vinculação aos precedentes permita efeito similar a esta última<sup>1148</sup>. No que tange à declaração de constitucionalidade, entretanto, uma vez constatada em arguições incidentais subsequentes a existência de motivos para que seja desconSIDERADA em prol do reconhecimento da invalidade da lei questionada, por certo não tüberariam os juizes e tribunais americanos em utilizar a técnica do *overruling*. No Brasil, de outra parte, há, por assim dizer, uma espécie de percepção sistêmica das deformações que podem ser geradas pela ação direta declaratória de constitucionalidade, o que faz compreensível o seu uso parcimonioso, mesmo agora, mais de uma década após a entrada em vigor da Emenda n. 3/93. Também, de modo significativo, não vem o Supremo Tribunal Federal dando consequência à tese de que a improcedência de ação direta de inconstitucionalidade implica declaração de constitucionalidade oponível *erga omnes*, mesmo contando com texto legal que admite interpretação nesse sentido<sup>1149</sup> e com farto material doutrinário a ampará-la.

É certo que, se a coisa julgada material *erga omnes*, produzida pelas decisões de procedência em ações declaratórias de constitucionalidade, ficar circunscrita aos termos por nós assinalados no item 33, reduzem-se consideravelmente os efeitos deletérios desse instrumento de controle em via principal. No entanto, uma vez transformado o sistema de controle brasileiro em um sistema de fiscalização concentrada, desapareceriam completamente os motivos que justificaram a sua introdução no ordenamento pátrio<sup>1150</sup>. De fato, se o que se pretende é eliminar a insegurança

direito federal." Ainda segundo o referido autor, "no início de sua judicatura, reconheceu o Bundesverfassungsgericht a dupla função do controle abstrato de normas". E aduz em complemento: "De um lado, esse processo revela-se adequado instrumento de defesa da Constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (*fin-cão de defest*). De outro, contribui o controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espalhando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica [segurança jurídica]." *Controle concentrado*, cit., p. 221.

<sup>1148</sup> Veja-se o item 17, *retro*.

<sup>1149</sup> Cf. os arts. 23, 24 e 28, par. único, da Lei n. 9.868/99.

<sup>1150</sup> Já nos referimos a esses motivos no item 40.

jurídica inerente ao controle difuso, gerada por decisões judiciais, contradições entre si, acerca da constitucionalidade ou não de atos legislativos, com reflexos negativos sobre as políticas governamentais ou sobre os investimentos privados, o simples alinhamento de nosso sistema de controle ao modelo europeu eliminaria a disfunção, sem os efeitos negativos da ação declaratória de constitucionalidade.

#### 47 A denominada "ação direta interventiva" e sua peculiar evolução

Na Seção I do Capítulo II (itens 25, 27, 28 e 29) já foi descortinada a evolução, em nosso direito, do instituto da intervenção federal de caráter normativo, em que a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ofensivo a princípios constitucionais sensíveis pelo Supremo Tribunal Federal constitui pressuposto da decretação da intervenção pelo Presidente da República, intervenção essa limitada à suspensão da execução do ato impugnado (arts. 34, VII, e 36, III e § 3º, da CF). Deixamos para esse ponto da presente investigação, a avaliação prospectiva do instituto, isto é, de qual seria o seu papel no sistema de controle brasileiro redimensionado em padrões europeus, o que deve passar, primeiramente, pelo exame da natureza do controle de constitucionalidade que enseja.

A doutrina pátria, praticamente de modo unânime, proclama a existência de duas ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade: a genérica, atualmente denominada ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, 1ª parte, da CF) e objeto de regulação infraconstitucional pela Lei n. 9.868/99, e a interventiva (art. 36, III, da CF)<sup>1151</sup>. No primeiro caso, estaria diante de típico exercício do controle abstrato de normas, já que a lei ou o ato normativo impugnado tem a sua conformidade à Constituição verificada em tese, isto é, sem nenhuma vinculação a situações concretas em que se discuta a sua aplicação, ao passo que, no segundo, embora a declaração de inconstitucionalidade consista no objeto da ação (controle em via direta, portanto), esgotando o pedido do autor, o certo é que haveria clara imbricação com a finalidade que, concretamente, lhe foi assinalada

<sup>1151</sup> Apenas para exemplificar, mencionem-se os pareceres de Ada Pellegrini Grinover e José Afonso da Silva, publicados no volume *Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais*, em tese, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1979, p. 53-4 e 81-3.

pelo Constituinte, que é a de autorizar a decretação de intervenção federal.<sup>1152</sup> No que tange, especificamente, à denominada "ação direta interventiva", sem dúvida contribuiu para firmar o entendimento de que se tratava de provocar o exercício da jurisdição o trabalho antológico de Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, já anteriormente referido, em que o eminentemente processualista se esmerou em demonstrar a natureza jurisdicional do instrumento de controle em tela.<sup>1153</sup> Ao se avançar, todavia, no tratamento da fiscalização de constitucionalidade por meio da sobredita "ação interventiva", é perceptível a dificuldade dos autores, diante da premissa de que se trata do desempenho de atividade jurisdicional. É o que se constata da análise a que procedeu Celso Agrícola Barbi, no artigo "Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil", *in verbis*:

"Essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de 'exceção', mas sem constituir também típica-mente uma declaração por via de 'ação'. Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal Federal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns."<sup>1154</sup>

<sup>1152</sup> Bem por isso, José Carlos Moreira Alves, no artigo A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil, cit., p. 143, após registrar o surgimento da representação interventiva na Constituição de 1934, ressaltou que "ainda não se tratava, porém, de controle direto de constitucionalidade de lei em abstrato, porque essa representação dizia respeito a caso concreto de intervenção federal, e, portanto, a conflito federativo concreto". No mesmo sentido, manifestaram-se Luís Roberto Barroso, O controle, cit., p. 49, e CLEMERTSON M. CLÉVE, A fiscalização abstrata, cit., p. 102.

<sup>1153</sup> Assinalou categoricamente o indigitado jurista: "Entendemos que o poder de submeter ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato arguido de inconstitucionalidade representa o exercício de direito de ação, que o art. 1º da Lei n. 2.271 atribuiu privativamente ao Procurador-Geral da República." Ob. cit., p. 103-4.

<sup>1154</sup> Cit., p. 38. De igual teor, as observações de CLEMERTSON MERLIN CLÉVE, *in A fiscalização abstrata*, cit., p. 102-3: "Inocorre, na ação direta interventiva, declaração incidental de inconstitucionalidade ou declaração de inconstitucionalidade como objeto principal (declaração em tese). A declaração de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) constitui apenas mecanismo de solução de uma controvérsia envolvendo a União e o Estado-

Porém, se há, efetivamente, exercício de direito de ação, como há decadas se afirma entre nós, quem é o autor? A União, pessoa jurídica de direito público interno, representada, excepcionalmente, pelo Procurador-Geral da República<sup>1155</sup>, ou a União enquanto manifestação personificada da coletividade, representada, pois, pelo PGR enquanto Chefe do Ministério Público Federal<sup>1156</sup>? Quanto à legitimação passiva, a resposta seria bem mais simples, recaindo "no ente federativo ao qual se imputa a alegada inobservância de princípio sensível, representado, em qualquer dos casos, pelo chefe da respectiva Procuradoria-Geral, órgão ao qual incumbe com

membr. A decisão final não nulifica a lei, como na fiscalização abstrata, nem autoriza o argente a subtrair-se da esfera de incidência do ato normativo viciado (nulidade aplicada ao caso), como na fiscalização incidental. Na ação interventiva cabe ao Supremo Tribunal Federal não mais do que resolver o conflito federativo julgando-a (a ação referida) procedente ou improcedente, ou como preferir a Constituição, dando provimento ou negando provimento à representação. Procedente a ação direta (previada a representação, para usar a linguagem do Constituinte), nem por isso estará nulificado o ato estadual. Daí por que a consequência da decisão é, não a nulidade do ato inquinado, mas sim a decretação da intervenção federal no Estado." Não é essencialmente diversa a construção de Luís Roberto Barroso, *in O controle*, p. 255: "Note-se que a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual não é o objeto da demanda, embora seja uma questão prejudicial à sua solução. Nesse sentido, há uma declaração incidental de inconstitucionalidade, embora com consequências distintas das que se produzem nas ações subjetivas em geral."

<sup>1155</sup> É o que sustenta Gilmar Ferreira Mendes, *in Controle de constitucionalidade*, cit., p. 217-8: "A fórmula adotada parece revelar que, na ação direta interventiva, menos que um substituto processual, ou parte, o Procurador-Geral exerce o mister de representante judicial da União." No mesmo sentido, o posicionamento de CLEMERTSON M. CLÉVE, *in A fiscalização abstrata*, cit., p. 103-4, criticando o Constituinte de 1988 por não haver deferido a atribuição ao representante legal ordinário da União, o Advogado-Geral da União (art. 131, *caput*, da CF).

<sup>1156</sup> Para Alfredo Buzaid, na obra *Da ação direta*, cit., p. 107, "o Procurador-Geral da República é o autor da ação e opera como substituto processual, isto é, age em nome próprio, mas por interesse alheio". "Não o move um interesse pessoal; ele representa toda a coletividade, empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de pôr em risco a estrutura do Estado." Contudo, não existe a "coletividade" como sujeito de direito, que pudesse ser favorecido por substituição processual. O sujeito seria, nessa vertente interpretativa, também a União, porém agindo não como Fazenda Pública e sim enquanto coletividade personificada. Nesse sentido, a postura da "ação" pelo PGR seria natural, por estar agindo na condição de Chefe do Ministério Público Federal (art. 128, § 1º, da CF), instituição incumbida da "preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade" (Araújo Cintra e outros, ob. cit., p. 210). Nessa hipótese, todavia, o seu papel seria o de representante legal de parte, como nas ações penais públicas, e não o de substituto processual.



exclusividade a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, nos termos do art. 132 da Constituição"<sup>1157</sup>. É difícil, entretanto, aceitar o quadro jurídico desenhado pela doutrina: a União, ou a coletividade nela personificada, tendo a pretensão de intervir em Estado ou no Distrito Federal, por alegado descumprimento de um dos princípios elencados no inciso VII, do art. 34, da Constituição da República, e diante da resistência oposta pela unidade federada (efetivamente ou por presunção constitucional), vê-se obrigada a recorrer ao Poder Judiciário a fim de compor o conflito de interesses. Na verdade, o Procurador-Geral da República parece apenas deflagrar, enquanto Chefe do Ministério Público Federal e no interesse da preservação da ordem constitucional, um procedimento de intervenção federal, que, em uma de suas etapas, prevê a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a existência ou não da vislumbrada ofensa a princípio constitucional sensível pela entidade federada. Não articula, pois, pretensão da União em juízo e sim requer ao Supremo Tribunal que declare a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual para efeito de viabilizar a edição do decreto de intervenção pelo Presidente da República, suspendendo a execução da legislação contraventora.

Fica ainda mais evidente que não se trata, propriamente, do exercício do direito de ação se nos detivermos na identificação do objeto imediato do suposto processo jurisdicional. Alfredo Buzaid, na já citada monografia, partindo da premissa de que o ordenamento brasileiro prescreve a sanção de nulidade para a lei inconstitucional, não tiubeba na conclusão de que se trata de um provimento predominantemente declaratório:

"No caso especial da ação direta de inconstitucionalidade, intentada pelo Procurador-geral da República, o objeto do pedido é simplesmente a declaração de inconstitucionalidade do ato. Legislativo, executivo ou judiciário, que pode autorizar a intervenção federal no Estado. O Supremo Tribunal Federal limita-se a declarar a inconstitucionalidade. Quanto ao mais, a competência é do poder legislativo, que decretará a intervenção no Estado, se o exigir o restabelecimento da ordem e da tranquilidade públicas. Ao ato *jurisdicional* do Supremo Tribunal pode seguir-se ou não o ato *político* do Congresso, conforme o reclamarem as circunstâncias de cada caso concreto."<sup>1158</sup>

Mas, se a "ação interventiva" acarreta um provimento declaratório do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade do ato impugnado, qual é a diferença entre ela e ação direta genérica declaratória de inconstitucionalidade? Por que a decisão de controle proferida pelo STF não produz coisa julgada *erga omnes*, assentando, de pronto, a nulidade da lei ou ato normativo conflitante com a Constituição? Que não se trata de declaração de inconstitucionalidade em tese ou em abstrato o reconhecem inúmeros autores. Tampouco se declara simplesmente a existência de um direito à intervenção *in concreto*, descolado da etapa seguinte, de efetivação do ato restritivo. No entanto, se não se cuida de ação declaratória (que desencadearia um processo encerrado por um provimento dessa natureza) e estando completamente afastada a possibilidade de gerar um provimento desconstitutivo (diante da sanção de invalidade adotada no direito brasileiro), estaríamos diante de ação de natureza condenatória. Se, porém, condenação houvesse, a decretação de intervenção consistiria na execução do julgado e, portanto, teria de assumir, igualmente, natureza jurisdicional, sob a responsabilidade do órgão prolator da decisão exequenda, e, reconhecidamente, não é isso o que ocorre.

Não existe, ousamos afirmar, nem controle principal nem tampouco controle incidental de constitucionalidade que seja provocado por meio de "ação direta de inconstitucionalidade interventiva", pela singela razão de que a atividade do Supremo Tribunal Federal, na espécie, não é de natureza jurisdicional. Em outras palavras, a intervenção normativa que estamos a examinar compõe um procedimento incidível, de natureza política, do mesmo modo que as demais modalidades de intervenção federal ou estadual.<sup>1159</sup>

1157 A Constituição de 1934, na esteira dos clássicos do Direito Constitucional estadunidense, difundidos em nosso país pela obra de Rui Barbosa, contém o preceito expresso que vedava "ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" (art. 68). O próprio Rui esclareceu, *in Actos inconstitucionais*, cit., p. 118, que "atos políticos do Congresso, ou do Executivo, *in Actos inconstitucionais*, cit., p. 118, que "atos políticos do Congresso, ou do Executivo, consideram-se aqueles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder, e o exercício *dela não leva direitos constitucionalmente do indivíduo*". Os publicistas pátrios muito trabalharam na identificação da região política imune à fiscalização judiciária, uma vez ausente a lesão a direitos subjetivos, tendo Osvaldo Aranha Bandeira de Mello dedicado ao assunto todo um capítulo de *A teoria das Constituições rígidas* (Cap. VIII). Na relação das competências de natureza política por ele elaborada, à luz do direito brasileiro e com amplo respaldo doutrinário, consta "a declaração de intervenção federal nos Estados-membros, em os negócios que lhe são peculiares, segundo os casos previstos pela Constituição". Ob. cit., p. 132.

1157 Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 254.

1158 Cf. *Da ação direta*, cit., p. 132-3.



A peculiaridade, no caso, é que uma das etapas do procedimento de intervenção normativa, no plano federal, consiste na avaliação, por critério rigorosamente jurídico, pela Suprema Corte da constitucionalidade da lei ou ato normativo estadual apontado pelo Procurador-Geral da República como violador de princípio sensível, somente sendo editado o decreto de intervenção se houver declaração de inconstitucionalidade. A decisão de controle consubstancia, pois, pressuposto formal do ato de intervenção que, no caso, deve ser obrigatoriamente editado se for ela afirmativa da ofensa à Constituição, salvo se removido o ato agressor pela própria entidade estadual<sup>1160</sup>. Trata-se, por conseguinte, ao contrário do que sucede com a expressiva maioria das hipóteses de intervenção, no tocante ao inciso III, do art. 36, da Constituição Federal, de procedimento todo ele cercado por condições de ordem jurídica, deixando muito pouco espaço para a discricionariedade<sup>1161</sup>. De toda sorte, o que importa é que não se está diante de atividade jurisdicional e sim de controle político da conformidade à Constituição de atos normativos do Poder Público.

Em suma, a representação<sup>1162</sup> interventiva não enseja controle de constitucionalidade jurisdicional e sim fiscalização de natureza político-repres-

<sup>1160</sup> Já havéramos firmado posição nesse sentido em *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 127, observando que, "em princípio, portanto, é obrigatória a edição do decreto de intervenção normativa, obrigatoriedade essa que somente deixará de existir se a presunção de eficácia preferita do ato legislativo impugnado for afastada, como sucede na hipótese da declaração em tese de sua inconstitucionalidade ou de sua revogação". O mesmo ponto de vista foi expresso por Enrique Ricardo Lewandowski, in *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 126: "Provida a representação ministerial e requisitada a intervenção, incumbem ao Presidente decretá-la, sem maiores delongas, por constituir, no que lhe concerne, ato vinculado, que independe de apreciação quanto ao mérito." Também o fez Luís Roberto Barroso, in *O controle*, cit., p. 260, 1161 O próprio Procurador-Geral da República decide com discricionariedade relativa quanto ao ingresso de representação junto ao STF, pois, estando convencido de que ocorreu ofensa à Constituição, é obrigado a fazê-lo, não obstante inexistir um meio de compeli-lo a tanto, caso permaneça inerte. Mas pode ser responsabilizado, penal e administrativa-mente, ou pela inércia injustificada ou pela não formulação de representação escudada em motivação manifestamente inconsistente. Haveria, também, certa discricionariedade do Presidente da República no que concerne ao momento da decretação da intervenção, pois não parece existir um prazo para tanto nas normas legais ou regulamentares federais, sendo, contudo, passível de responsabilização (inclusive por crime de responsabilidade - art. 85, VII, da CF) se não agir com razoabilidade.

<sup>1162</sup> Andou bem o Constituinte de 1988 em manter a denominação, diferenciando o instituto, pois, da ação direta de inconstitucionalidade, a que não se ajustava, adequada-mente, o termo "representação".

siva, embora centrada em critérios jurídicos<sup>1163</sup>. Pode-se fazer um paralelo entre a intervenção normativa e a suspensão de execução de atos normativos do Poder Executivo por decreto legislativo do Congresso Nacional (art. 49, V, da CF), com a diferença de que, na primeira hipótese, procurou o Constituinte resguardar a autonomia das unidades federadas, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a verificação da presença do pressuposto material do ato construtivo, que é a agressão a um dos princípios arrolados no inciso VII, do art. 34, da Lei Maior. Por se tratar de decisão do órgão de cúpula do Judiciário nacional, em sua composição plena, não se admite controle jurisdicional em relação a essa fase do procedimento de intervenção normativa. Não faz sentido, portanto, investigar se essa espécie de controle de constitucionalidade é de natureza abstrata ou concreta, de índole objetiva ou subjetiva, se o requerente da manifestação do Supremo Tribunal é parte, representante de parte ou substituto processual, qual a natureza do provimento emitido pelo Supremo etc., todas questões atinentes à fiscalização de natureza jurisdicional, o que, insista-se, não é o caso. O que ora se afirma sobre a natureza da declaração de inconstitucionalidade para fins de intervenção federal se aplica, *mutatis mutandis*, à declaração de inconstitucionalidade para efeito de intervenção estadual em Municípios<sup>1164</sup>.

<sup>1163</sup> No sistema modelar francês, como visto nos itens 8 e 19, também existe controle de constitucionalidade político, embora, nesse caso, de natureza preventiva, que opera em termos rigorosamente jurídicos.

<sup>1164</sup> Na doutrina, é de mencionar o trabalho de Márcia Pellegrini, *A intervenção estadual nos Municípios: cumprimento de ordem ou decisão judicial*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 118 e 201-10, em que a autora sustenta que a decisão de Tribunal de Justiça, dando provimento a representação com vistas na intervenção estadual em Município, para assegurar o provimento de ordem ou decisão judicial (art. 35, IV, da CF), não é de caráter jurisdicional e sim político-administrativo, invocando, ainda, julgados do STF nesse sentido. Com efeito, dentre várias outras decisões, proclamou o Pretório Excelso ao julgar agravo regimental no AI 943.461, sob a relatoria do Min. Celso de Mello: "O procedimento destinado a viabilizar, nas hipóteses de descumprimento de ordem ou sentenças judiciais (CF, art. 34, VI e art. 35, IV), a efetivação do ato de intervenção - trate-se de intervenção federal nos Estados-membros, cuide-se de intervenção estadual nos Municípios - reveste-se de caráter político-administrativo, muito embora instaurado perante órgão competente do Poder Judiciário (CF, art. 36, II e art. 35, IV)." Tal orientação jurisprudencial acabou estampada na Súmula n. 637 do STF, segundo a qual "não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que deferir pedido de intervenção estadual em Município." Nolem-se os termos amplos do texto sumular, abrangendo toda e qualquer decisão de Tribunal de Justiça em procedimento interventivo. Portanto, embora não exista precedente específico para a intervenção federal ou estadual normativa, pode-se concluir que a jurisprudentia mais recente do STF rompeu com o entendimento tradicional que vislumbrava no processo instaurado por representação interventiva lídimo exercício de atividade jurisdicional.

Na realidade, o ciclo da representação interventiva de caráter normativo, enquanto instrumento de fiscalização de constitucionalidade, já se encerrou. A importância de sua intensa utilização sob a vigência da Constituição de 1946 foi permitir o afloramento do controle jurisdicional, em tese, da constitucionalidade de leis e atos normativos, o que se deu com a edição da Emenda n. 16/65 à referida Carta Constitucional. Se o seu uso já se vinha escasseando desde então, tornou-se ainda mais raro a partir da Constituição de 1988, que alargou a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade genérica.<sup>1165</sup>

Todavia, não significa isso que, uma vez ultimada a ampla reforma do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ora em estudo, dever-se-ia eliminar a decretação de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal<sup>1166</sup> e estadual em Municípios para assegurar a observância de princípios constitucionais particularmente sensíveis, indicados, respectivamente, na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais. Sucede que o comportamento agressor a tais princípios não se expressa, necessariamente, em lei ou ato normativo, podendo consistir em atividade concreta,<sup>1167</sup> ou mesmo em atitude omissiva quanto à implementação de providência demandada pelas normas de referência<sup>1168</sup>. No entanto, não faz o menor

<sup>1165</sup> Sobre o tema, aduziu Luis Roberto Barroso, in *O controle*, cit., p. 252: "Na atual configuração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, a ação direta interventiva ocupa um papel de relativa desimportância. É que as leis e os atos normativos de âmbito estadual são passíveis de fiscalização por via de ação direta de inconstitucionalidade, igualmente titularizada pelo Procurador-Geral da República, cuja consequência é reitar do sistema jurídico (ou, pelo menos, paralisar a eficácia com alcance contra todos) as disposições impugnadas. Essa via, portanto, mais ampla e menos traumática, esvazia a opção pela intervenção federal."

<sup>1166</sup> A União só pode intervir em Município localizado em Território Federal (art. 35, caput, da CF). Veja-se a decisão do pleno do STF na IF 590-2, RTJ 167-6.

<sup>1167</sup> Cf. o item 27, *vetto*, com doutrina citada na nota 611, à qual se acresce o magistério de Alfredo Buzaid, in *Da ação direta*, cit., p. 120: "O ato, a que alude a regra constitucional, é qualquer ato, oriundo de qualquer dos poderes do Estado, contanto que ofenda o princípio assegurado no art. 7º, VII, da Constituição (de 1946)."

<sup>1168</sup> O STF conheceu de representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal, por suposta omissão das autoridades estaduais em relação à preservação da integridade física de presos sob sua custódia e que acabaram mortos com requintes de crueldade, o que teria importado em ofensa aos direitos da pessoa humana (art. 34, VIII, b, da CF). Muito embora, no mérito, a representação tenha sido julgada improcedente, constitui esse julgado importante precedente em matéria de intervenção federal para assegurar a observância de princípio sensível de comportamento omissivo dos Poderes locais. Cf. o acórdão na IF 114-MT, RTJ 160-3. Em sede doutrinária, admitem a propositura de representação interventiva em face de omissão inconstitucional Luis Roberto Barroso, in *O controle*, cit., p. 256-7, e Clémerson M. Clève, in *A fiscalização abstrata*, cit., p. 108.

sentido facultar o uso da representação interventiva enquanto instrumento para provocar a suspensão de execução (*ex nunc*)<sup>1169</sup> de leis ou atos normativos, se a mesma finalidade pode ser alcançada por meio de ação direta, que: tem objeto mais amplo; pode ser utilizada por um rol abrangente de órgãos e entidades, públicas e privadas; e, o que é mais importante, propicia decisão declaratória de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, independentemente de qualquer providência ulterior. A nosa proposta é que, por meio de interpretação adequada, não mais se admita estarem compreendidos na expressão "ato impugnado" atos de natureza normativa.

#### 48 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: manutenção, modificação ou supressão?

A questão da omissão legislativa ou, analiticamente, omissão na expedição de provimentos normativos para atribuição de eficácia plena a normas constitucionais de eficácia limitada é própria do constitucionalismo social-democrático<sup>1170</sup>, em que os documentos constitucionais, recheando a inviabilidade da cabal implementação, de imediato, de seu plano transformador, contentam-se, em diversas passagens, em estipular metas a serem perseguidas, com pertinência, pelos Poderes Públicos, cuja inércia em fazê-lo configura comportamento altamente danoso à força normativa da Constituição.

A dificuldade de encontrar uma solução satisfatória para o problema da inconstitucionalidade omissiva principia pela própria questão da sua caracterização, que não é simples, exceto no tocante às ordens de legislar, de vigência fugaz no ordenamento constitucional. Porém, o principal obstáculo está nos limites impostos à atuação do Poder Judiciário, ao qual compete, em suas formações ordinárias ou especializadas, fazer cumprir a Constituição. Com efeito, se, à luz do princípio da separação dos Poderes, já é difícil aceitar a substituição do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário

<sup>1169</sup> Cf. Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 127. Em sentido contrário, veja-se Luis R. Barroso, *O controle*, cit., p. 262.

<sup>1170</sup> É essa, outrossim, a observação de Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, cit., p. 1036: "A inconstitucionalidade por omissão é um instituto que reflecte as insuficiências da redução do Estado de direito democrático 'aos processos' e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais."

no adimplemento do dever de legislar, totalmente inadmissível se afigura a tentativa de obter, por meio deste último, a plenitude de eficácia de normas constitucionais de cunho programático, o que somente a execução de um amplo programa de ação governamental, incluindo medidas normativas e de ordem material, pode proporcionar. Daí por que a doutrina, pátria e estrangeira, tem apontado a intensificação da participação política, mediante a ampliação e disseminação do uso dos instrumentos da chamada democracia participativa, como o meio mais adequado de evitar que a normatividade constitucional seja condenada ao nominalismo.<sup>1171</sup>

Nos sistemas de controle de matriz europeia, não se observa grande avanço no sentido da institucionalização de mecanismos de combate à inconstitucionalidade por omissão. As razões para tanto não são difíceis de ser identificadas. É evidente que a maturidade democrática da maior parte dos povos do Velho Continente constitui poderoso antídoto à inércia do legislador. Mas não se pode deixar de creditar parte dos resultados positivos que ali se tem auferido no enfrentamento dessa autêntica "moléstia constitucional" ao sistema de governo parlamentarista, que propicia um eficaz controle político da atividade, ou da inatividade, do Governo (órgão impulsor da atividade legiferante) e do Parlamento.<sup>1172</sup> Se, não obstante tudo isso, ainda assim se concretizar situação de inércia legislativa, as Cortes Constitucionais dispõem de técnicas de combate à omissão no âmbito dos próprios instrumentos de controle da inconstitucionalidade ativa. É o caso das já tantas vezes referidas sentenças interpretativas ou do apelo

1171 Mais uma vez, valemo-nos da obra de Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 1037: "Daí a insistência na necessidade de institucionalização de formas democráticas tendentes a um maior reforço da proteção jurídica contra omissões inconstitucionais (ações populares, direito de iniciativa legislativa popular, petições colectivas e, em geral, formas de acentuação da democracia participativa)." Na doutrina nacional, vai no mesmo sentido a conclusão de Anna Cândida da Cunha Ferraz, que dedicou ao tema da omissão inconstitucional boa parte de sua obra pioneira, *Processos informais de mudança da Constituição*, já anteriormente citada, tendo à p. 230 salientado: "A inércia do legislador é, em regra, incontrolável jurídica e jurisdicionalmente. Poucos mecanismos são colocados à disposição de órgãos de controle ou do povo para exercer fiscalização, política ou jurídica. (...) Nos países onde há opinião pública forte e bem estruturada, onde a educação, particularmente no campo político, é suficientemente desenvolvida, onde existe imprensa responsável e efetivamente atuante, onde os sistemas de representação são adequados e realmente democráticos, são esses os meios que suprem a inexistência de sanções expressas para a inatividade de qualquer dos poderes."

1172 Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais*, cit., p. 229-30.

ao legislador.<sup>1173</sup> O que não se verifica nesses sistemas de fiscalização é a omissão legislativa sendo elevada a objeto do controle principal, como ocorre no Brasil e em Portugal, onde, não por acaso, vigoram sistemas de fiscalização de matriz estadunidense, porém com nítida evolução rumo à jurisdição constitucional concentrada.

Diante das considerações *supra* e dos resultados pouco expressivos, em termos de número de ações, mas, principalmente, no que concerne ao apreço dos operadores do sistema e da sociedade em geral para com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão,<sup>1174</sup> é de indagar se não seria o caso de sua supressão diante de uma provável europeização de nosso sistema de controle da constitucionalidade. Há ainda outro aspecto que parece reforçar a impressão da desnecessidade do instituto: com a passagem dos anos, a maior parte das normas constitucionais de eficácia limitada tende a receber o suprimento normativo indispensável à sua implementação. Passam, portanto, todas elas a gozar de eficácia plena, com exceção das normas programáticas, acerca das quais há notória complexidade para se caracterizar situação de inconstitucionalidade omissiva. Ocorreriam, é certo, as situações de omissão parcial relativa<sup>1175</sup> mas essas, conforme salientado no item 40, podem ser mais bem equacionadas com o instrumental do próprio controle da inconstitucionalidade comissiva.

A despeito dessas razões, defendemos a manutenção da modalidade de exercício da ação direta de inconstitucionalidade alcinhada de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A nosso ver, a dimensão política do instrumento, para além de seus resultados práticos, pode ser extremamente relevante em uma sociedade democrática ainda caracterizada

1173 A presença e eficiência de técnicas desse jaez no sistema alemão provocou em Gilmar Mendes a conclusão de que "a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade". *Jurisdição constitucional*, cit., p. 301.

1174 Sobre a prática do instituto em Portugal, nota Jorge Miranda que "tem sido muito exiguo [por circunstâncias derivadas da situação político-constitucional do país e por menos sensibilidade ao instituto dos órgãos de iniciativa] o número de vezes em que foi exercida a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão". E mais, informa o constitucionista luso que, na primeira revisão constitucional [1982], chegou a ser defendida a sua supressão. Cf. *Manual*, cit., t. 2, p. 516 e 526.

1175 Como bem observa Gilmar Mendes, *in Jurisdição constitucional*, cit., p. 294, a inconstitucionalidade passiva tende a se reduzir às omissões parciais relativas: "Abstratidos os casos de omissão absoluta do legislador, que devem tornar-se cada vez mais raros, trata-se, na maioria das hipóteses, de omissão parcial do legislador, isto é, de uma lacuna da lei ou, especialmente, de uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade."

pela insuficiência da participação popular no poder. É preciso lembrar, por outro lado, que, em face da rejeição do sistema parlamentarista no plebiscito de abril de 1993, a jurisdição constitucional concentrada brasileira há que conviver, por muitos anos, com o presidencialismo. Finalmente, além da possibilidade de novas normas constitucionais de eficácia limitada virem a ser introduzidas na Constituição vigente, não é desprezível a contribuição que a ação em foco possa vir a dar no tocante ao cumprimento das normas de natureza programática, exatamente na medida em que a passagem do tempo torne mais nítida a omissão dos Poderes Públicos na implementação dessa normatividade prospectiva. E, no caso de normas dessa espécie, mostra-se perfeitamente adequado o provimento típico dessa modalidade de fiscalização principal, tomando incontestes e pública a mora estatal.

De toda sorte, para que se possa colher resultados mais expressivos, poder-se-ia estudar, com maior profundidade, a associação de efeitos adicionais à decisão de procedência da ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme já cogitado pela doutrina<sup>1176</sup>. Assim, apenas para efeito de sinalização, mencione-se a flexibilização da iniciativa legislativa popular, a dispersão da competência para iniciar o processo legislativo, tornando de iniciativa comum matérias de iniciativa privativa; a estipulação de um regime de urgência especial para os projetos de lei destinados a colmatar lacuna de legislação, inclusive com alguma prioridade na ordem das votações etc.

#### 49 Mandado de injunção: réquiem doutrinário ou revivificação no controle concentrado?

Como vimos precedentemente (item 36), até o julgamento do Mandado de Injunção n. 721-7/DF a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia, praticamente, equiparado o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que levou a parcela mais exigente da doutrina a preparar autêntico epítáfio "àquele que foi sem nunca ter sido", na saborosa expressão de Luís Roberto Barroso<sup>1177</sup>. Na verdade, não se pode

1176 Cf. Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata*, cit., p. 237-8.

1177 O constitucionalista fluminense observa que o mandado de injunção "jamais atendeu de modo significativo às expectativas criadas com sua instituição". E arremata: "A principal causa de tal frustração de propósitos tem sido identificada na posição excessivamente restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao conteúdo e alcance dessa nova ação constitucional. A posterior atenuação da jurisprudência da Corte não foi suficiente para dar-lhe um papel relevante no sistema. A verdade é que, no contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção tornou-se uma desnecessidade [...]". *O controle*, cit., p. 93.

atribuir ao STF toda a responsabilidade pela "trajetória de pouco sucesso do mandado de injunção"<sup>1178</sup>. Por um lado, há toda a tradição do sistema jurídico nacional, refratária ao envolvimento do Poder Judiciário em atividade bem próxima à de criação do direito e, de qualquer modo, afastada da função jurisdicional ordinária. Por outro, o dispositivo-matriz do instituto deixa muito a desejar em termos de clareza e precisão<sup>1179</sup>, permitindo interpretações de cunho restritivo, mas, também, interpretações "revolucionárias", daqueles que reeditam tentativas doutrinárias, já anteriormente fracassadas em outras plagas, de obter a superação das desigualdades sociais brasileiras a qualquer custo, mesmo que o preço a pagar seja o de converter o Poder Judiciário em um caricato, desastrado e ilegítimo "legislador"<sup>1180</sup>. De toda sorte, em um contexto de ampla reformulação do sistema de controle de constitucionalidade dos atos e omissões legislativas, como ora estamos a propor, afigura-se pertinente o exame das duas principais opções: a eliminação da figura do mandado de injunção ou a modificação de seu regime constitucional, de modo a tornar possível a obtenção de melhores resultados no tocante ao combate ao inadimplemento do dever de legislar.

Apesar do histórico pouco glorioso do instituto, não nos parece que seja o caso de lhe assinar a sentença de morte. Destacamos no início do item precedente as dificuldades que o Direito Constitucional tem enfrentado na busca de uma solução para o problema da omissão inconstitucional de caráter normativo, revelando-se extremamente limitado para tanto o instrumental jurídico, ao menos no que toca à repressão da inconstitucionalidade omissiva. Bem ou mal, o mandado de injunção representou uma

1178 Luís R. Barroso, *O controle*, cit., p. 93.

1179 Esse aspecto foi bem ressaltado por Clémerson M. Clève, in *A fiscalização abstrata*, cit., p. 246: "Acieite-se que o Constituinte foi arrojado quando instituiu o mandado de injunção. Lamenta-se, entretanto, a imperfeição técnica do dispositivo que o contempla."<sup>1180</sup> Sobre o tema, nada melhor do que deixar falar Miguel Reale, em suas *Lições preliminares*, cit., p. 285: "Segundo adeptos do Direito Livre, o juiz é como que legislador num pequeno domínio, o domínio do caso concreto. Assim como o legislador traça a norma genérica, que deverá abranger todos os casos futuros, concenentes à matéria, caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas, toda vez que lhe parecer, por motivos de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do intérprete. O Direito Livre, que ainda se debate e se discute, foi, como disse o jurista italiano Max Ascoli, 'uma ventania romântica que assou os domínios da Jurisprudência.' Há, pois, que censurar tanto o Judiciário que decide contra a lei existente, ainda que nos limites de um caso concreto, quanto aquele que formula regras gerais e abstratas, desvinculadas da casística.

inovação do constitucionalismo brasileiro nesse campo tão carente de intervenções criativas do Legislador Constituinte. Acreditamos que a opção acertada seja a de investir no aperfeiçoamento de sua disciplina normativa, de modo a explorar-lhe ao máximo as potencialidades, no âmbito de um sistema de fiscalização concentrada. Em relação a esse último ponto, pode-se afirmar que, se há uma esperança de que o mandato de injunção ainda venha a apresentar contribuição relevante no combate direto à omissão legislativa, está ela centrada na especialização da jurisdição constitucional. Trata-se, afinal, de lidar com uma problemática peculiar ao Estado social de Direito, o que só pode ser feito com eficácia em um sistema de controle de constitucionalidade apropriado, dotado de órgão de controle que, le de constitucionalidade exercida para exercer a fiscalização e da especialização funcional que o acompanha, se capacite, progressivamente, a lidar com a *vexata quaestio*, em um processo de permanente diálogo com o legislador, porém dispondo de instrumental jurídico que o leve a ser por este ouvido.<sup>1181</sup>

O primeiro ponto em que a disciplina constitucional do mandato de injunção está a exigir aprimoramento consiste na precisa delimitação de seu objeto. Se o julgamento da injunção ficará a cargo do órgão monopolizador da competência de controle, dotado de especial sensibilidade para o

<sup>1181</sup> É por essa razão que não nos associamos a propostas que trabalham o equacionamento da inconstitucionalidade omissiva em um quadro de fiscalização difusa, como fez a Comissão constituída no âmbito do Ministério da Justiça para "rever ou elaborar legislação acerca das ações constitucionais, inclusive do mandato de injunção" (Portaria n. 643, de 23-10-1996). Segundo proposta formulada no âmbito do colegiado, presidido pelo Prof. Caio Tácito, por Luís Roberto Barroso, seria extinto o mandato de injunção e substituído por outro mecanismo. Assim, declarar-se-ia no próprio Texto Magno que todas as normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação imediata, cabendo ao juiz competente, na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formular regra para a regência do caso concreto submetido a julgamento, "com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito". Luís R. Barroso, *O controle, a previsão e a desejada pelo próprio Constituinte*. A regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil não permite ao Poder Judiciário, em geral, eliminar esse tipo de lacuna, na ao sabor da apreciação dos casos concretos, havendo a necessidade, invariavelmente, de buscar outras fontes de inspiração para a elaboração do provimento normativo demandado, como é o caso, *e.g.*, do direito estrangeiro ou da prática arbitral. Ademais, não está a magistratura ordinária preparada para construir provimentos normativos (atuando no limite da jurisdição com a legislação) com a amplitude desejável, partindo, pois, de casos concretos, para projetar efeitos além deste, enquanto mecanismo hábil para o suprimento da ausência de normas legislativas requisitadas pela Constituição.

trato de questões constitucionais, quer-nos parecer que se poderia fixar o objeto da ação em termos mais amplos que aqueles que apontamos, *de lege lata*, no item 36. Destarte, em atenção ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e com a observância do limite do juridicamento possível, seria concedido mandato de injunção "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos constitucionais, exceto se fundados em norma de natureza programática". De outro lado, para evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a se demitir da competência que se lhe pretende outorgar, é preciso que nas disposições pertinentes à competência da Corte se declare que a ele compete, privativamente, "processar e julgar mandato de injunção, cabendo-lhe formular, em concreto e com eficácia *erga omnes*, o regramento que permita a fruição dos direitos constitucionais tutelados, decisão essa a ser executada no âmbito da jurisdição ordinária". Desse modo, no que concerne a um mesmo legitimado passivo, bastaria uma única decisão da Corte especializada para que os titulares de direitos constitucionais fundados em normas de eficácia limitada pudessem obter satisfação, promovendo a execução de sentença perante o juízo ordinário competente. É certo que a edição de provimento normativo em tela não consubstanciaria atividade legislativa, tipificando exercício, conquanto extraordinário, da função jurisdicional, em termos expressamente demarcados pela Constituição Federal. Bem por isso, nada impediria que o Poder Legislativo, em um segundo momento e inspirando-se, *quicá*, na solução construída na instância jurisdicional, viesse a elaborar a legislação reclamada, a qual passaria a reger a matéria, sem prejuízo dos efeitos concretos já consumados, em face da execução de decisão preferida em mandato de injunção.

Em outro aspecto, também relacionado ao enfrentamento da omissão inconstitucional de natureza normativa, poderia o mandato de injunção ser utilizado com proveito. Referimo-nos à temática da omissão parcial relativa, a que já dedicamos nossa atenção anteriormente.<sup>1182</sup> Em algumas situações, sopesados os impactos econômico, financeiro e social da medida, a melhor opção para superar o estado de inconstitucionalidade omissiva consiste na extensão da vantagem ou benefício aos grupos ou categorias ilegítimamente discriminados pelo legislador, alternativa, por vezes, viável e preferível à de declarar a nulidade ou anular o regramento ofensivo à isonomia, mesmo que, na hipótese de sanção de anulabilidade, se projete

<sup>1182</sup> Cf. os itens 14, 36 e 40, *retro*.



SUMÁRIO: 50. A função de controle jurídico do Poder Público no contexto das funções estatais. 51. A interpretação concretizadora de normas constitucionais e seu significado político-jurídico. 52. Os limites da interpretação concretizadora e a intervenção do Poder Constituinte de revisão. 53. A legitimação da jurisdição constitucional concentrada via processo: contraditório, motivação e publicidade das decisões de controle. 54. O Supremo Tribunal Federal como órgão concentrador da competência de controle: a questão dos juízes constitucionais.

## 50 A função de controle jurídico do Poder Público no contexto das funções estatais

O desenvolvimento da jurisdição constitucional, especialmente no que se refere ao seu aspecto nuclear, o controle de constitucionalidade das leis e omissões legislativas, mais do que qualquer outra atividade exercida pelos tribunais traz à baila a temática da politização da Justiça<sup>1184</sup>. E isso, ressalte-se, independentemente do sistema de fiscalização empregado. Todavia, não resta dúvida de que a **concentração da competência de controle e as demais características sistêmicas a ela associadas reforçam o teor político da jurisdição constitucional**, como veremos a seguir.

A teoria clássica da separação de Poderes continua, é certo, a fazer parte dos alicerces do constitucionalismo contemporâneo no que concerne

a eficácia da decisão *pro futuro*. Não é tarefa, entretanto, que possa ser desempenhada do âmbito do controle de constitucionalidade difuso, incidental, com efeitos *inter partes*, sob pena de se agravar a ofensa ao princípio da igualdade jurídica. Bem por isso, sendo essa a configuração predominante do sistema de controle brasileiro atual, não tem empolgado o Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle principal, com eficácia *erga omnes*. Em relação ao controle concentrado, os órgãos judiciários de base estariam impedidos de adotar diretamente a solução, já que importa na anulação, por inconstitucionalidade parcial qualificada, da lei impugnada, afastando-se as interpretações de caráter excludente, sem redução de texto. Nada os impede, contudo, de suscitar, incidentalmente, a questão de constitucionalidade, submetendo-a ao julgamento do órgão concentrador da competência de fiscalização. Todavia, entre a instauração do incidente (em geral, ao final de um processo de conhecimento), sua instrução, remessa e julgamento pela Corte Constitucional, pode haver considerável demora, com a persistência da situação de agravo à isonomia, que dificilmente poderá ser revertida por inteiro *a posteriori*. Daí a utilidade de um remédio como o do mandado de injunção, que possibilitaria aos grupos ou categorias excluídos da vantagem ou benefício legal obter, rápida e diretamente, a manifestação da Corte sobre a questão constitucional, eventualmente (mas não necessariamente) mediante a prolação de decisão representativa da extensão do regime legal aos ilegítimamente discriminados, reconhecendo-lhes, com eficácia contra todos, os direitos reclamados e condenando o legitimado passivo a suportá-los, restando a execução de sentença a cargo da jurisdição ordinária<sup>1185</sup>.

1183 Cogitamos de norma constitucional do seguinte teor: "Poderá o Supremo Tribunal Federal conceder mandado de injunção objetivando a fruição de direito negado por legislação instituidora de vantagem ou benefício, em termos incompatíveis com a cláusula de isonomia."

1184 Conforme assinala Karl Loewenstein, em sua *Teoria de la Constitución*, cit., p. 304-5, "um dos fenômenos mais característicos na evolução do Estado democrático constitucional é a ascensão do Poder Judiciário à categoria de autêntico terceiro detentor do poder." E completa seu pensamento: "A sinalizar essa nova evolução, os tribunais ostentam por direito próprio fortes e eficazes controles interorgânicos frente aos outros detentores do poder. Fundamentalmente são de três categorias: 1) O direito dos tribunais de supervistor e constatar a concordância das ações do Poder Executivo com o seu fundamento legal. 2) A competência judicial para o controle da constitucionalidade das leis editadas pelo Governo e pelo Parlamento. 3) Em alguns ordenamentos jurídicos a decisão arbitral sobre conflitos que se podem produzir no exercício das funções atribuídas a outros detentores de poder. Essa última evolução se designa frequentemente como 'judicialização da política'."



à proposta de contenção do poder estatal que encerra, porém não pode ser utilizada para a adequada compreensão quer da estrutura orgânica, quer da dinâmica funcional do Estado social de Direito. Com efeito, o Barão de Brède e de Montesquieu identificou no Estado liberal de sua época três funções essenciais, articuladas em torno do conceito de lei. Assim, ao Poder Legislativo, o principal dos Poderes, caberia a elaboração da lei [veiculada - ra de normas gerais e abstratas], a ser aplicada pelo Poder Executivo, nas limitadas atividades administrativas de sua competência, e pelo Poder Judiciário, composto por magistrados temporários<sup>1185</sup>, no julgamento dos conflitos de interesse<sup>1186</sup>. O estudo da organização dos Poderes estatais e das funções por eles exercidas, à luz das Constituições social-democráticas do século XX, provocou a reinterpretção da teoria dos freios e contrapesos, tendo-se deslocado o eixo do arranjo institucional da atividade legislativa para a atividade de impulsão política. Assim se estrutura a conhecida proposta de uma nova divisão tripartite das funções de Estado apresentada por Karl Loewenstein e ponto obrigatório de passagem de todas as análises sobre a instigante matéria<sup>1187</sup>. O processo governamental para ele tem início com a "determinação da decisão política fundamental", que "consiste na escolha de uma, dentre várias possibilidades políticas fundamentais que se descorriam à comunidade estatal"<sup>1188</sup>. Não se está distante do que se poderia intitular de função de governo, por meio da qual as lideranças políticas investidas no Poder Executivo formulam as políticas públicas a

1185 Em *O espírito das leis*, cit., p. 169-70, afirma Montesquieu que "o Poder de Julgar não deve ser entregue a um Senado permanente, mas exercido por pessoas tiradas do seio do Povo, em certas épocas do ano, da maneira prescrita por lei, para formar um tribunal que não durará senão o quanto exigir a necessidade", pois, "deste modo, o Poder de Julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado a um certo estado, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo".

1186 É o que salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em *A reconstrução da democracia*, cit., p. 176-7: "O Legislativo é assim o primeiro dos poderes, no modelo de Montesquieu. A lei que dele provém é a pauta a que se devem ajustar quer o Executivo, quer o Judiciário. E nele que se inicia o processo governamental. [...] Havendo lei, caberá ao Executivo executá-la ou fazê-la executar, ao Judiciário aplicá-la, sendo o caso. Em síntese, como sublinha Bertrand de Jouvenel, 'as instituições modernas se desenvolveram em torno do conceito central de lei. A segurança individual é garantida se os cidadãos não estiverem expostos a atos arbitrários do governo mas somente à aplicação da lei que conhecem. A disciplina social é conciliada com a liberdade se a obediência é devvida não a homens mas a lei consentidas pelos próprios cidadãos.'"

1187 Veja-se *Teoria de la Constitución*, cit., p. 54-72.

1188 *Teoria de la Constitución*, cit., p. 63.

orientarem a ação estatal no seu período de gestão. A atividade legislativa assume, nesse quadro, uma feição executória que estava longe de possuir na teoria clássica, ombreado-se, nesse sentido e sem embargo da posição hierárquica superior do ato legislativo, às atividades administrativa e jurisdicional comum<sup>1189</sup>.

A descrição que faz Loewenstein da dinâmica das funções do Estado, embora possa ser aplicada a qualquer sistema de governo, ajusta-se melhor ao parlamentarismo racionalizado europeu, em que dispõe o Governo (que substitui o Poder Executivo dos sistemas presidencialistas) de instrumentos para a implementação das decisões políticas fundamentais, contando com maioria parlamentar estável, mercê da disciplina partidária, para a aprovação dos atos legislativos indispensáveis para tanto. A contrapartida aos Governos fortes do parlamentarismo racionalizado estava no desenvolvimento de uma função estatal a que se dera pouco destaque na formulação original da separação dos Poderes: a função de controle. Em *O espírito das leis*, o controle do poder é obtido pelo exercício estante das funções estatais por órgãos dotados de prerrogativas de independência [Poderes]: portanto, não se trata de uma função específica e sim do resultado do sistema de checks and balances<sup>1190</sup>. Ao contrário, a compatibilidade entre a ampliação da potestade estatal, tanto pelo alargamento do seu raio de ação, quanto pela maior eficiência dos instrumentos de atuação, e a preservação das liberdades públicas exigiu o aprimoramento dos mecanismos de controle interorgânicos, dando azo à identificação por Loewenstein da impor-

1189 Em sua *Teoria*, cit., p. 66-8, aduziu Loewenstein: "A maior parte das leis que compõem nossos códigos ou são instrumentos para a execução de anteriores decisões políticas, que transportam as referidas resoluções à vida da comunidade, ou apresentam um caráter estritamente utilitário, ao regular exclusivamente o desenvolvimento normal das relações sociais. [...] A administração é o aspecto da execução de decisões políticas que surge com maior frequência na vida diária e esse aspecto corresponde ao que, tradicionalmente, tem sido chamado de 'executivo'. [...] Dado, pois, que o juiz executa a lei de uma forma similar, ainda que com diferentes técnicas em relação à administração, não realiza uma função independente no processo do poder. A função judicial é fundamentalmente execução da decisão política fundamental tomada anteriormente e que se apresenta em forma legal."

1190 Não obstante se possa identificar no arranjo proposto por Montesquieu a função de controle político impróprio, isto é, por partilha de função. Com efeito, para o Barão de Brède, "se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico", e isto porque, "podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes". Refere-se Montesquieu ao instituto do veto absoluto, denominado por ele "faculdade de impedir", que consistia no "direito de tornar nula a resolução" (do Parlamento). Cf. *O espírito das leis*, cit., p. 174, 176 e 180.



tantíssima função de controle político, que complementa as outras duas [funções de governo e executiva]<sup>1191</sup>. O controle político, segundo o autor da *Teoria de la Constitución*, pode realizar-se por meio da partilha de funções, mas, nesse caso, não se está diante de função autônoma, daí havermos denominado "impróprio" essa modalidade de controle. Todavia, as modernas democracias, especialmente as fundadas em regimes de governo parlamentaristas, fizeram eclodir sofisticadas técnicas de controle interorgânico, de modo a permitir a tipificação do controle político como função autônoma. Entre elas, aponta Loewenstein "o direito judicial a controlar a constitucionalidade das leis do Congresso ou do Parlamento"<sup>1192</sup>.

De nossa parte, entendemos que se faz necessário distinguir o controle político do controle jurisdicional dos atos do Poder Público<sup>1193</sup>. Os institutos da moção de desconfiança, dos sistemas de governo parlamentaristas, ou da suspensão congressual da execução de decreto exorbitante do poder regulamentar, presente na Constituição brasileira de 1988 (art. 49, VI), consubstanciam controle político, em sentido próprio, na medida em que não se confundem com nenhuma outra função estatal, mas não implicam o exercício da jurisdição, envolvendo, em maior ou menor grau, a avaliação do ato (ou gestão governamental) sob o prisma discricionário da conveniência e oportunidade.

O controle jurisdicional sobre os atos do Poder Público que apresentam consequências jurídicas reais, modernamente, a importância do Poder Judiciário, que, ao contrário do Poder "invisível e nulo" imaginado por Montesquieu<sup>1194</sup>, exerce considerável influência sobre as políticas governamentais, ao exigir que a sua execução respeite a legalidade vigente. Isso se

torna ainda mais nítido quando se trata de verificar a conformidade de atos legislativos, ou normativos em geral, à Constituição<sup>1195</sup>. Entretanto, nos sistemas de fiscalização de matriz estadunidense há um esmaecimento da função de controle jurisdicional, porquanto a avaliação da constitucionalidade do ato impugnado é feita no bojo de um processo comum, em que o foco principal da atuação do Poder Judiciário está na resolução do conflito intersubjetivo subjacente. Em outras palavras, se há exercício da função jurisdicional ordinária, a jurisdição enquanto instrumento de controle dos atos normativos do Poder Público não adquire autonomia e, consequentemente, visibilidade. Já nos sistemas de controle de padrão europeu, a questão de constitucionalidade é destacada e tratada de forma autônoma pelas Cortes Constitucionais. Na fiscalização abstrata de normas, realizada por meio de um processo de natureza objetiva, não há como não se perceber que não se está diante de função jurisdicional ordinária, importando ao tribunal monopolizador da competência de controle apenas verificar a constitucionalidade do ato controlado. Mas também resta evidenciado o exercício da função de controle jurisdicional na fiscalização pelo método incidental, visto que, mediante a cisão na apreciação da matéria *sub judice*, cabe à Corte Constitucional unicamente a solução da prejudicial de constitucionalidade. Ou seja, a ela compete o exercício da jurisdição constitucional, ao passo que aos tribunais e juízes susciantes se defere o exercício da função jurisdicional ordinária, com o desfecho do processo e a entrega do provimento devido, atribuindo-se "a cada um o que é seu".

1191 Cf. *Teoría*, cit., p. 68-72.  
1192 *Teoría*, cit., p. 70.  
1193 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in *A reconstrução da democracia*, cit., p. 179-80, na aplicação que faz dos ensinamentos de Loewenstein, caminhou nesse sentido, ao apontar que ao Governo (*stricto sensu*) caberia a *policy determination* e a *policy execution*, ao passo que ao Parlamento competiria a função de controle político (*policy control*). Mas observa que há um terceiro importante ator no processo governamental, que é, precisamente, o Poder Judiciário. Destarte, os órgãos judiciários, "aos quais se reconhece o direito de descumprir a lei por vício de inconstitucionalidade, devem poder fazê-lo em razão de vício que não é menor: a injustiça". Nota-se a tentativa de compensar o acréscimo de poderes aos Governos contemporâneos, porém, data venia, foi longe demais o ilustre mestre do Largo de São Francisco, pois controle jurisdicional efetivado sob critério meta-jurídico constitui autêntica *contradictio in terminis*.

1194 Certamente influenciado pela péssima imagem que os pensadores liberais da França setecentista tinham dos magistrados do *Ancien Régime*.

1195 Karl Loewenstein reconhece que a fiscalização de constitucionalidade, qualquer que seja a forma de seu exercício, insere-se no âmbito da função de controle, adquirindo coloração diversa da função jurisdicional comum. Porém o faz para expor os seus temores em relação ao assunto: "Essas novas tentativas de solucionar conflitos políticos através de uma instância judicial encerram perigos consideráveis, tanto para a judicatura como para o processo governamental. Os defensores da arbitragem judicial entre os diferentes detentores do poder deixam patente que, em um Estado de Direito, todas as ações políticas de qualquer detentor do poder têm que estar de acordo com as disposições constitucionais e que é uma tarefa legítima do Tribunal Constitucional Supremo determinar a extensão das normas constitucionais e interpretar o seu conteúdo. Essa tese é irresponsável. Porém, em sentido contrário, argumenta-se que a intervenção dos tribunais pode tornar menos nítidas as fronteiras entre a jurisdição e a política. Os detentores do poder, politicamente responsáveis - governo e parlamento -, são tentados a levar ao tribunal um conflito político. Os juízes, de sua parte, estão obrigados a substituir as decisões dos responsáveis detentores do poder por seus juízos políticos, camuflados na forma de sentença judicial. Instalar um tribunal como árbitro supremo do processo do poder - e esse é o núcleo da judicialização da política - transformaria, em última análise, o sistema governamental em um domínio dos juízes ou em uma 'judicocracia'." *Teoría*, cit., p. 324-5.



Quer pela autonomia adquirida pela função de controle de constitucionalidade, quer por sua maior eficácia em relação ao sistema difuso-incidental, é inegável que a conversão do sistema brasileiro de fiscalização ao modelo europeu acarretará a intensificação do fenômeno da politização da Justiça<sup>196</sup>, já percebido entre nós, em face da ampliação da via direta de controle, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988. Os atores do processo político, ou seja, governo, oposição e grupos de interesse, cada vez mais devem levar em conta a existência do controle de constitucionalidade no planejamento e execução de suas ações, o que pode ser visto como certa "judicialização da política". Sob outro ângulo, impõe-se que os magistrados incumbidos do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, correlatamente, sopesem, com discernimento e prudência, as variáveis envolvidas no complexo processo de fiscalização a seu cargo. Se o elemento normativo há que ser o guia desse trabalho, não se pode deixar de dedicar grande atenção aos demais elementos implicados na experiência jurídica, vale dizer, à realidade fática objeto da disciplina legislativa e ao conjunto de valores e interesses que presidem essa normatividade. Além disso, em face da textura aberta das normas-parâmetro utilizadas na avaliação da regularidade dos atos controlados, não pode o juiz constitucional perder de vista a liberdade de conformação que, nos limites admitidos pela própria Constituição, deve ser assegurada ao legislador. Afinal, a dinâmica do processo político democrático, cada vez mais aberto à participação popular, assegura ao Poder Legislativo melhores condições do que a qualquer órgão do Poder Judiciário no responder às necessidades sociais, acompanhando os âgeis e raramente uniformes movimentos pelos

196 Mauro Cappellletti também observa "que o controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração 'política' mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado". Mas, prossegue ele, não "podemos esconder que, se o método europeu (...) é mais complexo e, pelo menos em teoria, mais completo do que o método americano, ele pode, no entanto, revelar-se, talvez, mais perigoso, porque pode, efetivamente, dar, às vezes, à atividade das Cortes Constitucionais - submetendo a elas também aquelas 'non-justiciable political questions', que não são admissíveis nos USA - uma coloração excessivamente política, ao invés de judicial". "Ele pode, em outras e possíveis maneiras mais corretas palavras, efetivamente dar consistência aos temores daqueles que veem no poder de controle de constitucionalidade das leis exercido - mesmo em via de ação - pelas Cortes Constitucionais europeias uma muito grave ameaça de interferência das próprias Cortes na esfera do poder legislativo e, indiretamente, também na do poder executivo e de governo." *O controle judicial*, cit., p. 113-4.

quais se expressam<sup>197</sup>. A indicação de limites intranponíveis entre a política e o direito era própria da visão liberal-democrática de Estado, que postulava um Poder Judiciário asséptico e neutro, confinado ao mecânico cumprimento das decisões políticas. No entanto, o Estado de Direito estruturado a partir de Constituição dotada de supremacia hierárquica tornou imperiosa a existência de uma delicada função de arbitragem que, assegurando o primado das normas constitucionais, não sufoque as legítimas manifestações do princípio maioritário que rege a dinâmica democrática. Assim como a prática da participação política é essencial ao amadurecimento da democracia, a prática da jurisdição constitucional concentrada trará a solução para os seus próprios desvios, que de resto não lhe impediram o alastramento em solo europeu, no caminho vitorioso de consolidação do Estado social de Direito.

## 51 A interpretação concretizadora de normas constitucionais e seu significado político-jurídico

A atuação do controle de constitucionalidade sobre atos e omissões legislativas envolve, inevitavelmente, a tarefa de interpretação de textos normativos. No caso da inconstitucionalidade comissiva, essa atividade se duplica, pois há que interpretar a Constituição-parâmetro e, também, os atos normativos controlados. Importa, pois, ainda que sumariamente, em atenção aos objetivos da presente pesquisa, investigar o significado do ato de interpretação, verdadeiro campo de batalha em que a teoria positivista do direito se debate com os seus opositores<sup>198</sup>.

Nos Estados Unidos, essa tem sido a temática predominante dos estudos sobre fiscalização de constitucionalidade, à qual se associa a discussão sobre a legitimidade democrática do *judicial review*. Para efeito de melhor compreensão das inúmeras posições dos juristas e operadores do direito

197 Em resposta aos que temem a jurisdição constitucional pujante do sistema europeu, Cappellletti, in *O controle judicial*, cit., p. 114, consignou: "Mas, obviamente, a resposta a estes temores, mais que de abstrações especulações, será dada em concreto, pelo modo mais ou menos sábio e prudente com que as Cortes Constitucionais europeias souberem exercer a sua delicada função - na qual à coragem inovadora deve, de resto, unir-se também uma certa dose de calculado *restraint* - e pelo modo, pois, como através de sua atividade souberem impor-se aos outros órgãos do Estado e à opinião pública, como essenciais institutos de garantia e de controle de uma superior legalidade."

198 Conforme salienta Norberto Bobbio, ao tratar da função interpretativa da Ciência do Direito, "é este o problema pelo qual o positivismo jurídico foi combatido com particular veemência pelos movimentos jurídicos a ele contrários, movimentos que podemos indicar com o termo um tanto genérico de *realismo jurídico*". *O positivismo jurídico*, cit., p. 211.



estadunidense acerca do tormentoso assunto, passou-se a agrupá-las em duas correntes centrais, deixando-se em plano secundário as suas variantes, repletas de sutilezas teóricas. Assim, alude-se aos modelos interpretativistas (*interpretivism*) e não interpretativista (*non interpretivism*). Os adeptos da primeira corrente atribuem à interpretação constitucional sentido eminentemente declaratório, consistindo em desvendar o significado preexistente nas normas constitucionais interpretadas. Destarte, como assinala Gomes Canotilho, para os *interpretativistas*, "o controle judicial em relação a decisões de órgãos politicamente responsáveis só é admissível (e possível) quando o texto, o elemento genético da interpretação ('vontade dos pais fundadores') e a delimitação constitucional de competências permitam deduzir uma 'regra' clara que sirva de parâmetro seguro ao juízo de constitucionalidade". De outra parte, "no caso de não ser possível deduzir uma 'regra' jurídica, a competência *decisória* e *decisiva* para a disciplina jurídica dos problemas pertence aos órgãos democraticamente eleitos (e também democraticamente substituídos) por sufrágio", do que resulta uma Constituição com função demarcatória das regras do jogo político (dimensão institucional-procedimental).<sup>1199</sup> No âmbito do interpretativismo, há que distinguir entre o *textualismo* ou *literalismo*, que propugna "que toda interpretação constitucional considere apenas o texto da Constituição", e o *originalismo*, em que a atenção do intérprete se volte, "além da mera linguagem textual, para o significado que os constituintes ou as ratificações pretendiam dar ao texto".<sup>1200</sup> O não interpretativismo, como a própria denominação já indica, procura afastar-se da atividade interpretativa em seu sentido clássico, dando azo à *construção constitucional*, em que o aplicador da Constituição realiza "uma confrontação de elementos, quer intrínsecos, isto é, oferecidos pelo próprio texto, quer extrínsecos a este, isto é, considerações, princípios, valores e fatos a que é alheio, em sua letra, o texto aplicável".<sup>1201</sup> e <sup>1202</sup>. O cons-

1199 Cf. *Direito Constitucional*, cit., p. 1196.

1200 Cf. Charles D. Cole, *Interpretação constitucional - dois séculos de reflexão*, *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 90:24-6, abr./jun. 1989.

1201 Cf. José Horácio Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, 1. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 269.

1202 No mesmo sentido anota Canotilho em seu *Direito Constitucional*, cit., p. 1197, que, segundo os não interpretativistas, "a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o direito não é apenas o 'conteúdo' de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por *princípios jurídicos abertos* como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade". Destarte, "a mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juizes".

trativismo enfatiza a dimensão substantiva da Constituição, limitadora do conteúdo dos atos normativos infraconstitucionais, proporcionando um controle de constitucionalidade mais intenso, pois o direito da maioria sofre restrições "quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentam sob a forma de *standards* (conceitos vagos)".<sup>1203</sup> Enquanto os interpretativistas, privilegiando os métodos de interpretação lógico-gramatical e histórico, adotam uma visão retrospectiva da Constituição, tentando captar o sentido preexistente de suas disposições (com foco em sua expressão literal ou na intenção do Legislador Constituinte), os não interpretativistas ou *construtivistas* olham para a Constituição sob um prisma prospectivo, contribuindo para a compreensão atualizada de suas normas, por meio do largo uso dos métodos lógico-sistemático e teleológico. Se para os primeiros o ato de interpretar é um ato de conhecimento, de sentido exclusivamente declaratório, para os segundos o ato de interpretar implica, em maior ou menor medida, a participação da vontade do intérprete, pretende-se naquela vertente que o sentido das normas constitucionais seja congelado no passado, ao passo que para os construtivistas a figura-se inerente à experiência jurídica a evolução no sentido das normas legislativas,<sup>1204</sup> acompanhando as modificações do substrato fático a que se reportam.

Em última análise, como se percebe, o debate conceitual entre os interpretativistas e os construtivistas reproduz uma antiga pendência teórica quanto ao modo de enxergar o fenômeno jurídico: para alguns, há nítida distinção entre criação e aplicação do direito,<sup>1205</sup> para outros, como Kelsen, nos diversos momentos pelos quais a experiência jurídica se desdobra, sempre se pode surpreender o elemento constitutivo (criativo) e o

1203 Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 1.197.

1204 Como bem observa Anna Cândida da Cunha Ferraz, in *Processos informais*, cit., p. 48, "a construção constitucional (...) se aproxima e por vezes até mesmo se identifica com a interpretação evolutiva", e, "por intermédio da *construction*, a Constituição dos Estados Unidos da América não se imobilizou, mas aderiu à evolução política e social e evoluiu com ela".

1205 Norberto Bobbio, em *O positivismo jurídico*, cit., p. 211, assim descreve a compreensão ortodoxa da dicotomia no positivismo clássico ou liberal: "Na atividade relativa ao direito podemos distinguir dois momentos: o momento *ativo* ou *criativo* do direito e o momento *teórico* ou *cognoscitivo* do próprio direito; o primeiro momento encontra sua manifestação mais típica na legislação, o segundo na ciência jurídica ou (para usar um termo menos comprometedor) na jurisprudência. Esta pode ser definida como a atividade cognoscitiva do direito visando à sua aplicação."



elemento cognoscitivo (executivo), havendo uma diferença apenas quanto à preponderância de um ou outro aspecto.<sup>1206</sup> Como ensina Norberto Bobbio, a crítica ao positivismo liberal, enquanto herdeiro da tradição medieval que via na Ciência do Direito e na atividade interpretativa que lhe é inerente o mero descobrimento das normas postas pelo legislador, centrou-se precisamente nesse ponto. Assim é que, para o juspositivismo clássico, o labor dos juristas e intérpretes é de natureza "puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente", consistindo, pois, "no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado", ao passo que, para os críticos desse pensamento dogmático, a elaboração do conhecimento jurídico e a exegese de textos normativos que pressupõe, bem como sua ulterior aplicação à casuística, também contribuem para a criação ou produção de um novo direito. Cuida-se, por conseguinte, de um "conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir".<sup>1207</sup>

A Dogmática liberal-positivista considerava o ato de interpretar em seu sentido etimológico de ato de mediação entre o texto normativo e o seu significado, pelo qual o hermenêuta apenas explicita o sentido da norma interpretada, levando a conhecimento de terceiros a mensagem que nela já se continha.<sup>1208</sup> Torna-se possível, assim, compreender por que Montes-

1206 Na *Teoria pura do Direito*, cit., p. 254, o Mestre da Escola de Viena produziu página inidivável a esse respeito: "A determinação da produção de uma norma inferior através de uma norma superior pode ter diferentes graus. Nunca pode, porém, ser tão reduzida que o ato em questão já não possa ser considerado como ato de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o ato já não possa ser considerado como ato de produção jurídica. Mesmo quando sejam determinados não só o órgão e o processo mas ainda o conteúdo da decisão a profertir – como sucede no caso de uma decisão judicial a profertir com base na lei – existe não somente aplicação do Direito como também produção jurídica. A questão de saber se um ato tem o caráter de criação jurídica ou de aplicação do Direito depende do grau em que a função do órgão que realiza o ato é determinada pela ordem jurídica. Há, no entanto, atos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica: são os já mencionados atos através dos quais os atos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um ato de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta mas apenas pressuposta."

1207 *O positivismo jurídico*, cit., p. 211-2.

1208 Esse o sentido tradicional do ato interpretativo, consoante precisa Norberto Bobbio, in *O positivismo jurídico*, cit., p. 212: "Mas o que significa interpretar? Este termo, com efeito, não é exclusivo da linguagem jurídica, sendo usado em muitos outros campos: assim se fala de interpretação das Escrituras Sagradas, de interpretação das inscrições arqueológicas, de interpretação literária, de interpretação musical... Pois bem, interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada."

quieu, em célebre passagem de *O espírito das leis*, qualifica os juizes como "a boca que pronuncia as palavras da lei", "seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor"<sup>1209</sup>. Em outra página bastante expressiva da maneira liberal ou clássica de ver o processo de interpretação, o *Chief Justice Marshall*, em *Osborn v. United States Bank*, aduziu:

"O Poder Judiciário não tem vontade própria, em caso algum. Sua autoridade, figurada como distinta da das leis, não existe. Os tribunais são meros instrumentos da lei, e não têm querer. Quando se diz que exercem discricção quer-se aludir à discricção do intérprete, a qual se exerce simplesmente em discernir o rumo da lei; e, descoberto este, não cabe ao tribunal senão segui-lo. O poder de justiça nunca se aplica em executar os desígnios do juiz, senão sim em cumprir os do legislador, ou, noutras palavras, os da lei."<sup>1210</sup>

No momento em que o constitucionalismo liberal cedeu lugar ao social-democrático, a forma tradicional de interpretação da Constituição e das leis em geral passou a carecer de funcionalidade. Já não se tratava de re-produzir no trabalho exegético os valores e conceitos representativos do *êthos* liberal, tal qual haviam sido expressos nos textos normativos cumhados pela velha ordem. Era preciso redirecionar o trabalho do intérprete, especialmente o da Constituição, no sentido do apoio à construção da nova ordem, que buscava outro ponto de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade. Não sendo possível substituir por inteiro os diplomas normativos liberais, haveriam de ser reinterpretados, tarefa que não se mostrava viável nos quadrantes da Hermenêutica clássica. Daí o surgimento da construção constitucional, como alternativa à interpretação constitucional. Contudo, não se estava senão a reposicionar a atividade interpretativa, libertando-a de arraigada postura servil em relação ao legislador do passado. Bem por isso, adverte com razão Meirelles Teixeira que "não há motivo para essa distinção entre 'construção' e 'interpretação' constitucional (e muitos juristas norte-americanos são desta opinião), porque, na verdade, *toda autentica, verdadeira interpretação, é construção*, pois o intérprete não pode ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a das suas outras partes do ordenamento jurídico, e dos princípios e valores superiores da Justiça

1209 Ob. cit., p. 178.

1210 *Apud* Rui Barbosa, *Atos inconstitucionais*, cit., p. 59.

e da Moral, da ordem natural das coisas, das contingências históricas, da evolução e das necessidades sociais, da vida, enfim.<sup>1211</sup>

Na medida em que a interpretação assume um papel de apoio à atuação do ordenamento pelo legislador, os métodos exegeticos tradicionais<sup>1212</sup> revelam-se limitados, porquanto, segmentando a atividade interpretativa, não se prestam a estruturar o adequado tratamento de todas as múltiplas e complexas questões abarcadas pela Hermenêutica contemporânea, mormente no que se refere à exegese de textos constitucionais. Não são esses métodos, entretanto, abandonados, atuando em associação com novos instrumentos de interpretação da Constituição articulados pela doutrina, com maior ou menor participação, de acordo com o caminho seguido em cada ato de interpretar. No tocante aos novos métodos de interpretação constitucional, não é o caso, nesse momento, de lhes passar revista, mas apenas de registrar que alguns deles, ao fugir do formalismo abstrato do positivismo liberal, mergulharam no arbítrio interpretativo, ao sabor do torvelimho das soluções casuísticas<sup>1213</sup> ou das conveniências ideológicas.<sup>1214</sup>

1211 *Curso*, cit., p. 271.

1212 Acerca da aplicação dos métodos clássicos (e não necessariamente da Hermenêutica clássica) à interpretação constitucional, veja-se Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 400-3 e 405-7, e Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 126-39.

1213 É o caso do método tópico-problemático, que se caracteriza, no dizer de Canotilho, pela "preferência pela discussão do problema em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução substancial a partir delas mesmo". O próprio constitucionalista lusó se encarrega de sintetizar as duras críticas que lhe foram dirigidas pela doutrina alemã: "A concretização do texto constitucional a partir dos tópicos merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Muller)". *Direito Constitucional*, cit., p. 1211-2.

1214 Parece conduzir a isso o método científico-espiritual de Rudolf Smend, segundo o qual, nas palavras de Canotilho, "a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o *sentido e realidade* de uma lei constitucional", conduzindo "à articulação desta lei com a *integração* espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado)". *Direito Constitucional*, cit., p. 1213. A ele e a outros métodos que lhe são correlatos opõe Paulo Bonavides crítica devastadora: "A moderna hermenêutica constitucional dos valores não trepida em escusar-se com o argumento de que, na sua técnica, ao subjetivismo aparente do intérprete sucede o objetivismo ideológico do sistema, de que é órgão o intérprete. Na verdade, porém, o que houve foi a substituição de um subjetivismo - o do intérprete, por outro subjetivismo - o do sistema e sua ideologia. Uma substituição evidentemente opressiva e desvantajosa pela possibilidade que traz de destruir o Estado de Direito." *Curso*, cit., p. 444.

Entre os que contribuíram para a renovação da Hermenêutica constitucional, mencione-se o método concretizador, preconizado por Konrad Hesse, cuja importância, em primeiro lugar, consistiu em chamar a atenção para o problema das condições subjetivas em que se desenvolve o processo interpretativo. Para Hesse, não se pode divorciar a interpretação normativa da concreta situação histórica em que se situa o intérprete e que lhe moldou o pensamento. Destarte, o hermenêuta "entende o conteúdo da norma de uma *[pre]compreensão*, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojecto que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projectos revisados, cada vez, ao 'objeto', determine-se univocamente a unidade do sentido". Ademais, o método concretizador destacou a relevância dos problemas concretos para a interpretação constitucional, a ponto de assentar um axioma, passível, é certo, de ser contestado, segundo o qual "não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos"<sup>1215</sup> e <sup>1216</sup>. Outro método cunhado pela moderna Hermenêutica constitucional, sob formulação de Friedrich Müller<sup>1217</sup> e acolhida de Gomes Canotilho, é o normativo-estruturante. Também aqui se trabalha com a ideia de concretização ou construção das normas constitucionais, sob a inspiração de questões práticas a serem resolvidas<sup>1218</sup>. A norma é considerada o "elemento primário do processo interpretativo", que parte da "*atribuição de um significado* aos enunciados linguísticos do texto constitucional". Todavia, o programa normativo não se delinea apenas mediante "a soma

1215 Consoante observa Canotilho, in *Direito Constitucional*, cit., p. 1212, o "método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema."

1216 Veja-se Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 61-4.

1217 Para uma síntese do pensamento de F. Muller, veja-se Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 456-8.

1218 De acordo com Canotilho, a concretização da Constituição "traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais": "A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta - *norma jurídica* - que, por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais temos o resultado final da concretização." *Direito Constitucional*, cit., p. 1201. A concretização engloba, por assim dizer, a interpretação e a aplicação da norma interpretada.



dos dados linguísticos normativamente relevantes do texto, captados a nível puramente semântico", havendo que levar em conta: "(1) a sistemática do texto normativo, o que corresponde tendencialmente à exigência de recurso ao elemento sistemático; (2) a *genética* do texto; (3) a *história* do texto; (4) a *teleologia* do texto." Porém, salienta Canotilho, "relevante para o processo concretizador não é apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto de norma", já que "o significado do texto aponta para um *referente*, para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira não apenas a uma racionalidade formal (como o positivismo) mas também a uma *racionalidade material*". Desse modo, "compreende-se, pois, que (...) seja necessário delimitar um *domínio ou sector de norma* constituído por uma quantidade de determinados elementos de facto (dados reais)", e "a análise dos dados linguísticos (programa normativo) e a análise dos dados reais (sector ou domínio normativo) não são dois processos parciais, separados entre si, dentro do processo de concretização". Por último, a "norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a 'medida de ordenação' nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)".<sup>1219</sup>

O advento de uma metódica especificamente voltada à interpretação de normas constitucionais serviu para realçar-lhe as peculiaridades, radicadas na eficácia superior das normas interpretadas (princípio da supremacia da Constituição), na sua unidade sistémica, na função estruturadora do ordenamento jurídico que desempenham, na dimensão prospectiva que por vezes assumem e, finalmente, na textura aberta, amparada em linguagem anfíbológica, que as caracteriza.<sup>1220</sup> As normas constitucionais, em face

<sup>1219</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 1.215-22. Os concretistas excluem a concretização de normas constitucionais por meio do trabalho doutrinário, o que não se nos afigura correto.

<sup>1220</sup> Essas características da normatividade de nível constitucional estão por trás dos princípios que vêm sendo apontados pela doutrina como instrumentos indispensáveis à interpretação da Constituição. Assim, Gomes Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, cit., p. 1223-7, alude aos princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da conformidade funcional, da concordância prática, da força normativa da Constituição e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

da funcionalidade que as comanda, revestem-se amíúde da condição de normas-princípio, diferenciando-se estruturalmente das demais por admitirem incidência simultânea, o que exige do intérprete-aplicador um delimitado trabalho de harmonização.<sup>1221</sup>

Muito embora a matéria atinente à interpretação da Constituição ainda esteja sendo intensamente trabalhada pela doutrina, podem-se vislumbrar alguns pontos de consenso ou em que se registra apoio amplamente majoritário. Destarte, há uma complementaridade entre os vários métodos da Hermenêutica tradicional, que ficam, pois, à disposição do intérprete da Constituição. Este, entretanto, deve escolher o método ou os métodos

Luis Roberto Barroso, in *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 147-263, examina amplamente os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, da interpretação conforme à Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade/proporcionalidade e da efetividade. Já Celso Bastos, in *Hermenêutica e interpretação constitucional*, cit., p. 95-107, faz referência a pressupostos hermenêutico-constitucionais, que seriam: a supremacia da Constituição, a unidade da Constituição, a maior efetividade possível das normas constitucionais e a necessária harmonização de seu sentido. Quer-nos parecer que nem todos os "princípios" de interpretação constitucional sejam aquilo que deveriam ser: regras a orientar o intérprete na tarefa de determinação do sentido da Lei Maior. Há nos diversos catálogos apresentados pela doutrina autênticas regras de interpretação constitucional, ao lado de postulados teóricos que atuam, na verdade, como pressupostos do trabalho do exegeta da Constituição (é o caso, e.g., do princípio da supremacia da Constituição). Isso sem falar no fecundo princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade, sob perspectiva não de todo equiparável), que encerra um princípio de interpretação (a concordância prática ou harmonização de que fala Canotilho), porém constitui muito mais uma técnica de controle da constitucionalidade de legislação restritiva de direitos fundamentais. Sobre o tema veja-se o artigo de Luis Virgilio Alfonso da Silva, O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 798:23-50, abr. 2002.

<sup>1221</sup> Desperta nessa matéria a contribuição doutrinária de Robert Alexy, que, em sua *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 86-7, caracteriza os princípios (ou normas-princípio) como mandamentos de otimização: "O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado do melhor modo possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são *mandamentos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios ou regras opostos. Ao contrário, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Para tanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fáctico e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio."

mais adequados à atividade interpretativa que esteja a empreender. Daí a importância de compreender a estrutura e finalidade do processo interpretativo, o que os modernos métodos da Hermenêutica constitucional procuraram esclarecer. As normas jurídicas em geral admitem um espaço de interpretação, ou seja, leituras da base textual que não a descaracterizam, espaço que é particularmente amplo no que toca às normas constitucionais, diante da linguagem vaga e imprecisa utilizada pelo Constituinte, de modo a permitir o cumprimento de sua tarefa ordenadora. Portanto, a norma ou comando normativo não apenas não se confunde com o seu enunciado ou expressão léxica, mas resulta de opção entre diferentes possibilidades exegéticas. Ora, essa escolha há de se guiar por critérios que afastem o subjetivismo do intérprete, não obstante seja inevitável a influência de sua formação histórico-cultural no processo de interpretação. A interpretação clássica ou liberal valia-se de critério retrospectivo ou histórico, procurando respeitar a vontade conformadora do Legislador Constituinte (e sua pauta axiológica), extraindo-a do texto normativo ou da crônica dos trabalhos de elaboração da Carta Magna e eventuais emendas. Não se tratava, pois, de uma atividade de cunho meramente declarativo, muito embora os exegetas do liberalismo se esforçassem em camuflar as escolhas que faziam sob o manto da neutralidade e objetividade absoluta.<sup>1222</sup> A moderna interpretação constitucional rompe com essa objetividade histórica, para se fixar em um critério de opção entre programas normativos fundado em considerações sobre a realidade social vivenciada pelo intérprete-aplicador, atualizando a tábua de valores da Constituição interpretada. Porém, importa ressaltar, não se trata de substituir os valores do Constituinte originário pelos do próprio intérprete e sim pelos do titular daquele poder, que é o povo, cuja vontade não pode ser congelada no passado, evoluindo em compasso com a marcha da história.<sup>1223</sup> Para tanto, não pode o exegeta

1222 Coube a Kelsen, na *Teoria pura*, cit., p. 368, desmistificar a tese clássica de que o ato de interpretação é um ato de puro conhecimento e não de criação do direito: "A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma autolusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação."

1223 Luis Roberto Barroso, sem negar, por completo, o valor da interpretação histórica, máxima quando se está diante de Constituição recente, aponta o caráter antidemocrático do interpretativismo estadunidense: "Nem mesmo o constituinte originário pode ter a pretensão de aprisionar o futuro. A patologia da interpretação histórica é o *originalismo*, ao qual já se fez referência anteriormente. John Hart Ely, professor americano autor de

fugir dos limites impostos pela textualidade da Constituição, mas, ainda assim, lhe é lícito alterar profundamente o seu sentido, mediante a utilização de adequado método interpretativo ou mediante o reposicionamento dos princípios constitucionais em cotejo."<sup>1224</sup>

Uma Constituição, portanto, é construída e reconstruída por meio de um contínuo processo de interpretação e aplicação de suas normas, as quais se concretizam ou ganham densidade por meio da exegese.<sup>1225</sup> Não resta dúvida, pois, que a atividade hermenêutica envolve, em certa medida, a criação de normas jurídicas, o que, entretanto, não converte o intérprete-aplicador em legislador. Ao contrário do legislador que dispõe de ampla (porém, não irrestrita) liberdade de conformação, o exegeta está confinado aos limites do texto interpretando, com sua história e inserção sistêmica, não sendo admissível sua atualização sob enfoque axiológico que esteja em desconformidade com os valores consagrados em normas-princípio incidentes na espécie. O labor interpretativo é de cunho eminentemente jurídico<sup>1226</sup>, contando com metodologia consagrada pela comunidade acadêmica e exigindo, mesmo fora dos domínios da aplicação oficial do direito, ampla e convincente justificativa, sob pena de se revelar totalmente infrutífero.

um livro clássico, sustenta, com propriedade, que tal movimento - de certa forma abrangido no conceito mais amplo de *interpretativismo* - não é compatível com os princípios democráticos. A defesa da ideia de subordinação de todas as gerações futuras à vontade que aprovou a Constituição contrasta com a ideia de Jefferson, generalizadamente aceita, de que a Constituição deve ser reafirmada a cada geração, sendo, conseqüentemente, um patrimônio dos vivos." *Interpretação e aplicação*, cit., p. 133-4.

1224 Em estudo já referido, dedicado ao tema das mutações constitucionais, Anna Cândida da Cunha Ferraz concluiu: "Diante das considerações expostas é possível afirmar que todos os métodos interpretativos examinados, cada qual dentro dos seus contornos e considerados os limites em que atuam, podem ensinar mudanças constitucionais, em maior ou menor amplitude. Assim, por exemplo, o método gramatical permite mutação constitucional porque o sentido de determinado vocábulo se modifica, igualmente, o método evolutivo, porque acompanha a alteração de valores e fins inspiradores das disposições constitucionais; e os métodos modernos, visto conferirem ao intérprete maior liberdade na aplicação da norma." *Processos informais de mudança da Constituição*, cit., p. 53.

1225 Como expressa Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional*, cit., p. 1201, "denotar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos."

1226 Por essa razão não se pode tachar a interpretação concretizadora de pós-positivista. Na verdade, trabalha-se dentro dos postulados da metodologia positivista, apenas reafirmando um aspecto do positivismo teórico, qual seja, o concernente à teoria da interpretação, aspecto esse, por sinal, secundário, segundo a abalizada análise de Norberto Bobbio, in *O positivismo jurídico*, cit., p. 237.



A criatividade inerente à interpretação normativa permite que nela se vislumbre algo de político, como, superlativamente, já fizera Kelsen, na *Teoria pura do Direito*<sup>1227</sup>. Essa dimensão política avulta consideravelmente pelas razões já vistas: no âmbito da jurisdição constitucional, não apenas pela natureza intrinsecamente política das normas da Lei Maior, mas, principalmente, pela amplitude do espaço de interpretação em que se move o exegeta, no que pertence às normas paramétricas. Se assim é em um sistema de controle de matriz estadunidense, não resta dúvida de que a concentração da competência para a fiscalização dos atos legislativos e as demais características do sistema europeu que se lhe associam tornam ainda mais acentuada essa presença do elemento político, o que também permite que se fale, sob um prisma positivo ou negativo<sup>1228</sup>, na politização do exercício da função jurisdicional. As Cortes Constitucionais europeias tendem, naturalmente, para o ativismo vinculado à interpretação concretizadora, pelo simples motivo de que tal postura se mostra mais adequada a Constituições de perfil social-democrático, auxiliando o órgão monopolizador do controle na edificação da nova ordem projetada pelo Constituinte, com o gradual avanço na implementação desse projeto, na medida em que as condições materiais da sociedade o permitam. Ao contrário, nos Estados Unidos, a despeito do vigor doutrinário do consuetivismo, radical ou moderado<sup>1229</sup>, e dos resultados alcançados pela interpretação evolutiva, responsável última pela sobrevivência da vetusta Constituição de 1787, apenas a concepção liberal da Constituição e do sistema de controle de constitucionalidade pode explicar a resistência,

1227 Com efeito, o notável jurista tcheco acentua a dimensão da criatividade no ato de interpretação, tornando-o uma questão metafísica: “A questão de saber qual é, entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.” Ob. cit., p. 368.

1228 A visão positiva ou negativa do fenômeno vai depender do apoio ou da rejeição à eficácia amplificada do controle de constitucionalidade, inerente ao sistema modelar europeu.

1229 Para uma ampla exposição do debate sobre a interpretação constitucional nos Estados Unidos, com destaque para as intervenções doutrinárias de Ronald Dworkin, M. J. Perry e John Hart Ely, veja-se Javier Dorado Porras, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

naquelas plagas, do interpretativismo, que até mesmo recuperou espaço nas últimas duas décadas<sup>1230 e 1231</sup>.

## 52 Os limites da interpretação concretizadora e a intervenção do Poder Constituinte de revisão

O principal limite à interpretação concretizadora, característica dos Tribunais Constitucionais incumbidos do controle concentrado, está na textualidade da norma interpretada e no sistema de normas em que se insere (todas, igualmente, com sua própria dimensão lexical). Ao contrário da atividade legislativa, em que prepondera o elemento criativo-subordinante, por dispor o legislador de um amplo raio de ação, formulando, inclusive, novos textos normativos, a atividade interpretativa se move no âmbito circunscrito do ambiente normativo desenhado pelo legislador, com o predomínio, pois, do elemento cognoscitivo, ou, sob o ângulo da aplicação desses conhecimentos, executivo-subordinado<sup>1232</sup>. O construtivismo constitucional se posta ao lado das teorias objetivistas da interpretação, combatendo tanto o subjetivismo em relação à perspectiva pela qual se encara

1230 Nesse sentido a anotação de Luis R. Barroso, em *Interpretación e aplicación da Constitución*, cit., p. 115: “É certo, todavia, que a Suprema Corte, após a nomeação de diversos Ministros conservadores, e sob a presidência de William Rehnquist, um originarista, tornou-se um tribunal sem a importância política e sem o brilho de outras épocas.”

1231 A interpretação concretizadora (*construcción*) no sistema de controle estadunidense tem-se prestado à atualização da Constituição em matéria de direitos civis (liberdades públicas e igualdade de direitos), porém sem colocar em xeque o liberalismo constitucional, na medida em que aceita a concepção liberal de uma Constituição meramente política, sem incursões de monta na disciplina da ordem econômica e social, exceto para assentar os pilares da economia de mercado: a iniciativa econômica, a liberdade contratual e o direito de propriedade. É essa a configuração do não interpretativismo moderado de J. H. Ely apresentada por Javier Dorado Porras, in *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, cit., p. 118: “Os juizes, tal como fez o Tribunal Warren, não impõem à maioria a consideração de determinados valores como *fundamental* e unicamente são avistadas para assegurar o bom funcionamento do governo democrático representativo.”

1232 A esse respeito vale a pena transcrever passagem de Konrad Hesse, dissertando sobre a interpretação constitucional enquanto um procedimento de concretização da Constituição, em sua obra *Elementos de Direito Constitucional*, cit., p. 61: “Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão a ‘realidade’ a ser ordenada (...) Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação; naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador; a atividade interpretativa permanece vinculada à norma.”



o ato interpretado (subjetivismo em função do objeto), típico da Hermenêutica tradicional, quanto o subjetivismo no tocante ao papel do intérprete no ato de interpretação (subjetivismo em função do sujeito), presente no que se poderia alucunar de teorias pós-positivistas do direito.<sup>1233</sup> e <sup>1234</sup>. É o que, com acuidade, expressa Canotilho, ao asseverar que "entre um 'objetivismo histórico', conducente à rigidificação absoluta do texto constitucional, e um 'objetivismo actualista' extremo, legitimador de uma 'estratégia política' de subversão ou transformação constitucional, a interpretação constitucional deve permitir o desenvolvimento (= actualização, evolução) do 'programa constitucional', mas sem ultrapassar os limites de uma tarefa interpretativa [isto implica proibição de rupturas, de mutações constitucionais silenciosas e de revisões apócrifas]"<sup>1235</sup>.

<sup>1233</sup> No artigo intitulado O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 232:147, abr./jun. 2003, Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos assim se referem às teorias pós-positivistas: "O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética." Entendemos, contudo, que se deve utilizar a expressão "pós-positivismo" em sentido mais restrito, para nele abarcar unicamente as teorias que, deixando de lado os limites normativos, tornam a dimensão axiológica o ponto central da experiência jurídica, como que em um retorno ao jusnaturalismo, agora com roupagem agnóstica e politicamente militante.

<sup>1234</sup> Conforme ensina Paulo Bonavides, em seu *Curso*, cit., p. 412-3, "as escolas que se constituíram com respeito à interpretação das normas jurídicas se reduzem basicamente a duas posições: a dos subjetivistas e a dos objetivistas", assim sintetizando-as: "A posição subjetivista pertence a corrente dos intérpretes clássicos do direito, os juristas que, abraçados primeiro à tradição romana, vieram, sobretudo no século XX, a sistematizar regras de hermenêutica jurídica. Nessa direção a nota interpretativa dominante se voltava sempre para o legislador de preferência à lei. Tratava-se de um agudo esforço por determinar a mens legis, entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa, vontade que o intérprete incumbida revelar com fidelidade. (...) A tese básica da corrente objetivista gira no dizer de Karl Engisch, ao redor da lei, do texto, da palavra que se fez vontade. A lei que se desprende do legislador não só se formula como adquire autonomia para seguir com seu conteúdo um curso autônomo, amoldando-se, na totalidade e unidade do sistema jurídico, àquelas exigências impostas segundo as circunstâncias e as necessidades do processo de evolução do direito."

<sup>1235</sup> *Direito Constitucional*, cit., p. 1.209-10. Canotilho alude ao "objetivismo histórico", para se referir à teoria clássica da interpretação, porquanto esta era de índole objetiva quanto ao ato de interpretar, procurando eliminar totalmente o subjetivismo do intérprete.

Nesse ponto caberia indagar se a vagueza e ambiguidade com que são vazadas as normas-parâmetro da fiscalização de constitucionalidade não deveriam reverter sempre em benefício do legislador fiscalizado, impedindo que a interpretação da Constituição acolhida pelo órgão de controle pudesse substituir aquela de que partiu o legislador infraconstitucional ao editar os comandos densificadores da vontade constitucional. Nesse sentido caminharam os adeptos do interpretativismo, como já mencionado (item 51), ao abraçarem um princípio de *self-restraint* que poderia ser articulado na máxima *in dubio pro legislatori*. Haveria aqui um paralelo entre a liberdade de conformação do legislador diante da linguagem anfíloga da Constituição e a discricionariedade administrativa diante dos conceitos indeterminados utilizados pelo legislador.<sup>1236</sup> A diferença entre as duas situações, contudo, deve ser sublinhada. A discricionariedade administrativa floresce no âmbito de atividade pública sujeita a intenso condicionamento legal quanto aos meios e fins, exatamente para temperar o rigor da vinculação legislativa, dando ao administrador alguma flexibilidade de atuação. Ao contrário, ao legislador, em terreno de verdadeira rarefação normativa, reconhece-se ampla liberdade para disciplinar, por meio de normas gerais e abstratas, o comportamento dos que estão sujeitos à sua potestade. Cabe, assim, às Cortes Constitucionais, ao dar concretude às disposições da

A menção ao "objetivismo atualista" com respeito às teorias pós-positivistas da interpretação prende-se ao fato de que os seus paladinos não aceitam que estão a operar com o subjetivismo do intérprete, dizendo-se fundados no "objetivismo ético", o que, em última análise, implica subjetivismo, como argumentamente apontado por Paulo Bonavides em texto já anteriormente citado (nota 1.214).

<sup>1236</sup> A existência ou não da discricionariedade administrativa diante da imprecisão da linguagem legal é tema polémico no Direito Administrativo, consoante se verifica da completa abordagem do assunto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 65-83, havendo tendência favorável a admiti-la na doutrina brasileira (p. 92-3). Destarte, na monografia *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 27-8, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que "a noção de discricionariedade não se adscribe apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade - tema concernente ao mérito do ato administrativo". Desse modo, forçoso é "concluir que o ato administrativo não é passível de censura porque a Administração atuou dentro de esfera legítima, isto é, dentro do campo de liberdade [intelectiva ou volitiva] que a lei lhe proporcionava, seja porque não excedeu a esfera de intelecção razoável de um conceito fluido, seja porque não se excedeu ao decidir que tal ou qual comportamento era o mais conveniente e oportuno, por ter-se mantido dentro dos limites da razoabilidade". A discricionariedade decorrente dos conceitos legais indeterminados se poderia denominar impropria, em contraste com a configuração tradicional do instituto.

Constituição, diminuir o campo de ação do legislador infraconstitucional, na medida em que isso seja indispensável para permitir a plena eficácia da Lei Maior. Os conceitos indeterminados de que estão preenchidas as normas da Constituição devem receber, pois, um tratamento no âmbito da jurisdição constitucional algo diverso daquele dispensado pela jurisdição ordinária ao controlar a legalidade das ações administrativas. Estreita-se o círculo em que se pode mover o legislador<sup>1227</sup>, ampliando-se a zona de exclusão conceitual, sob pena do comprometimento de princípios constitucionais correlatos, de incidência simultânea<sup>1228</sup>.

Mas, se há um limite negativo à concretização constitucional efetuada no âmbito da fiscalização de constitucionalidade, também se pode falar em uma limitação positiva, consistente na necessidade de o órgão de controle estabelecer um verdadeiro diálogo com o legislador, até como fator legitimador de sua atuação.

Em primeiro lugar, a faculdade de declarar a nulidade ou de anular ato legislativo com fundamento em sua inconstitucionalidade deve ser exercida

1227 A zona de inclusão ou certeza positiva e a zona de incerteza, intermediária entre aquela e a de certeza negativa ou de exclusão. A propósito dessa explicitação metafórica da incerteza presente na aplicação dos conceitos indeterminados, assim se manifesta Márcia Dominguez Negro Conceição, in *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência* (art. 62 da CF), São Paulo, Celso Bastos - IBDC, 1999, p. 24, reproduzindo o pensamento de Genaro Carró: "Estabelece o ilustre autor três focos: o de *intensidade litigiosa*, no qual são agrupados os casos típicos, para os quais a palavra é aplicável com segurança; a *zona de obscuridade circundante*, na qual são inseridos os vocábulos atípicos, ou seja, os casos excluídos no que tange ao seu emprego. Finalmente, demonstra a existência da *zona de penumbra*, para aqueles fatos que nem se incluem nitidamente na área de aplicação de uma palavra, nem se identificam como dela excluídos integralmente."

1228 A título de exemplificação, pode-se considerar a norma que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, da CF). O conceito de confisco não é preciso, havendo situações claramente nele incluídas (a aniquilação completa do patrimônio do contribuinte) e situações seguramente dele excluídas (a cobrança de taxa que corresponda à parcela do custo de um serviço público imputável ao contribuinte). O STF tem procurado estreitar a ampla liberdade conferida ao legislador para estabelecer a base de cálculo e a alíquota dos tributos, considerando confiscatórias certas exações que ultrapassam o limite do razoável, argumento tópicamente que visa a prestigiar o princípio do direito de propriedade. Assim é que na ADI 551-1/RJ o "plenário decretou a inconstitucionalidade de disposições transitórias de constituição estadual que estabeleciam, para caso de não recolhimento ou de sonegação, valor de multas em patamar não inferior a, respectivamente, duas e cinco vezes o valor do imposto ou taxa, por entender que a fixação de sanção em valor desproporcional à infração apresenta caráter confiscatório". Antônio Joaquim Ferreira Custódio, *Constituição Federal interpretada pelo STF*, cit., p. 224, dando como fonte a RT 815:155.

com extrema responsabilidade, dadas as consequências graves que acarreta, tanto pela censura à decisão da maioria parlamentar quanto pelo embaraço à implementação de um programa de governo respaldado pelas urnas, sem dizer que a própria Constituição exige concretização por meio de atividade legislativa, sob pena de jamais se tornar efetiva. Daí a importância política de que se reveste a técnica da interpretação conforme ou, em sendo o caso, da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que, no limite autorizado pela literalidade das normas-parâmetro, preservam algumas das variantes exegéticas dos dispositivos fiscalizados. Nos sistemas de controle que adotam a sanção de anulabilidade, se a invalidação por inconstitucionalidade se mostrar mais perniciososa do que a manutenção, por mais algum tempo, da validade do ato legislativo agressor, uma alternativa que se coloca é a da invalidação com efeitos *pro futuro*. De outra parte, também no âmbito da fiscalização de padrão europeu deve o órgão concentrador da competência de controle, sempre que se deparar com situação de transição para o vício de inconstitucionalidade, alertar o Poder Legislativo para que atue no sentido de evitar a anulação futura da legislação em tela<sup>1229</sup>.

1229 Gilmar Ferreira Mendes, na obra *Jurisdição constitucional*, cit., p. 229-43, demonstra o caráter corriqueiro do apelo ao legislador (*appellentscheidungs*) na jurisprudence da Corte Constitucional alemã, atribuindo-lhe importantes efeitos: "Os efeitos do 'apelo ao legislador' não estão disciplinados pelo direito positivo. Segundo a prática consagrada pelo Tribunal, há de constar da parte dispositiva da decisão apenas o reconhecimento da constitucionalidade da lei. O 'apelo ao legislador' integra, normalmente, os fundamentos da decisão. Estes contêm a advertência de que uma determinada situação - eventualmente, após o decurso de determinado prazo - não mais será aceita. (...) Acentue-se, pois, que o 'apelo' para que se corrija uma situação ainda constitucional (...) antes de *sic* que se consolide o estado de inconstitucionalidade, não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a empreender qualquer providência. (...) É certo, todavia, que a aplicação posterior da lei sem as alterações ou complementações determinadas pelo Tribunal deverá ensinar - muito para provaramente - a declaração de inconstitucionalidade. Também o decurso do prazo fixado pelo *Bundesverfassungsgericht* para que o legislador empreenda as medidas recalcadas não acarreta o automático reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. É que a lei que disciplina o processo de controle de normas não prevê esse tipo de *declaração de nulidade subvenida a uma condição suspensiva* (...). Por outro lado, a prática demonstra que uma prorrogação do prazo estabelecido pelo Tribunal afigura-se, igualmente, possível. Esse prazo deve ser considerado, portanto, apenas como um *prazo de carência* (...) dentro do qual a lei 'ainda constitucional' poderá ser legitimamente aplicada. (...) Dessarte, em caso de inércia do legislador, a lei declarada 'ainda constitucional' pelo *Bundesverfassungsgericht* há de ser considerada válida até que, devidamente provocado, venha o Tribunal a proferir nova decisão. Não devem ser desconsideradas, todavia, as consequências fáticas



De sua parte, o legislador, de quem se espera compreensão acerca do relevante papel desempenhado pelo órgão de controle, levando em conta as suas observações sobre a necessidade da adoção de medidas corretivas da legislação em vigor ou do adimplemento do dever de legislar, em face de disposições constitucionais de eficácia limitada, tem o poder de recolocar a questão constitucional, reeditando lei de conteúdo idêntico ao da que fora declarada inconstitucional ou anulada por inconstitucionalidade material. Deve agir, todavia, com respeito ao órgão fiscalizador, evitando, assim, insistir na viabilização da disciplina legal censurada sem que tenha ocorrido alteração substancial no domínio normativo (situação fática subjacente) ou nas concepções jurídicas da Corte Suprema ou concentradora da competência de controle.<sup>1240</sup>

O confronto entre o juiz constitucional e o legislador pode ser arbitrado, não se deve olvidar, pelo Poder Constituinte de revisão, que, em boa parte dos ordenamentos constitucionais, se manifesta, formalmente, por meio dos próprios órgãos que detêm a competência legislativa ordinária. Por conseguinte, abre-se a possibilidade de superar o impasse gerado pela recusa à legislação editada pelo Parlamento mediante a alteração das normas-parâmetro da relação de inconstitucionalidade.<sup>1241</sup> É preciso, contudo, que o Constituinte de reforma observe atentamente os termos da decisão proferida em sede de fiscalização, para que a novação constitucional permita ao legislador ordinário a reedição da legislação censurada, sem risco de

do 'apelo ao legislador'. O peculiar significado que os órgãos estatais - e a opinião pública - atribuem aos pronunciamentos da Corte Constitucional assegura às *Appellentscheitungen* eficácia comparável a qualquer outra decisão de índole *mandamental* ou *cassatória*. O 'apelo ao legislador' tem dado ensejo, não raras vezes, a profundas reformas legislativas, como demonstram os julgados proferidos sobre a situação dos filhos havidos fora do casamento [Lei Fundamental, art. 6, V], sobre a problemática da execução penal e a respeito das relações jurídicas nas escolas públicas."

<sup>1240</sup> Esta, por seu turno, não deve alterar o conteúdo de sua jurisprudência por razões meramente teórico-doutrinárias, como reflexo de circunstancial modificação em sua composição, e sim pela perda de funcionalidade de suas diretrizes exegéticas, que, ao longo do tempo, podem não mais mostrar-se compatíveis com os valores socialmente dominantes.

<sup>1241</sup> É uma das formas de atuação do Poder Legislativo (*lato sensu*) no tocante ao controle de constitucionalidade identificadas por Luis Roberto Barroso, in *O controle*, cit., p. 69: "Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado. (...) Há precedentes, tanto no direito comparado como na experiência brasileira, nos quais emendas foram aprovadas para alterar interpretações estabelecidas pela Suprema Corte."

nova declaração de inconstitucionalidade, bem como os limites materiais a que está sujeito<sup>1242</sup>, enquanto Poder também subordinado à Constituição. Em qualquer hipótese, quer a insistência do legislador na disciplina normativa rejeitada no âmbito do controle de constitucionalidade, quer a intervenção mediadora do Constituinte de revisão devem estimular a flexão do órgão concentrador da competência de controle ou da instância máxima do Poder Judiciário, em se tratando de jurisdição constitucional difusa, no sentido de avaliarem se a reação dos órgãos de representação política, particularmente sensíveis à opinião pública, não estaria a indicar eventual divórcio da jurisprudência constitucional em relação à sociedade. Por último, importa considerar que, se o diálogo entre o órgão de controle e o legislador é sempre útil à calibragem da interpretação constitucional, maior importância ainda assume na fiscalização de matriz europeia, em virtude do impacto contundente de sua atuação. Ademais, a concentração da competência de controle e a especialização da Corte Constitucional sem dúvida contribuem para habilitá-la a empreender essa tarefa.

### 53 A legitimização da jurisdição constitucional concentrada via processo: contraditório, motivação e publicidade das decisões de controle

O tema da legitimidade da fiscalização de constitucionalidade, em qualquer de suas variantes sistêmicas, tem ocupado considerável espaço na doutrina constitucional, mormente nos Estados que vivenciaram períodos de ativismo exacerbado dos órgãos de controle, como foi o caso dos Estados Unidos, sob uma perspectiva repressiva e amplificadora das liberdades públicas, e na Alemanha, sob uma perspectiva promocional e amplificadora dos direitos econômicos e sociais. Não há como negar, contudo, que a discussão do assunto envolve abordagem de cunho predominantemente filosófico-político, o que, por si só, já justificaria a sua acolhida marginal no presente trabalho.<sup>1243</sup>

<sup>1242</sup> Referimo-nos, aqui, ao conjunto de princípios constitucionais intangíveis ou cláusulas pétreas, que, no sistema jurídico brasileiro, estão indicados no art. 60, § 4º, da CF, vedando-se a eliminação do princípio ou o seu enfraquecimento.

<sup>1243</sup> Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 56. Para uma resenha da matéria, com certa filtragem jurídica, veja-se: Javier Dorado Porrás, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, cit., 148 p.; André Ramos Tavares, *Teoria da Justiça Constitucional*, cit., p. 488-536; José Jardim-Rocha Júnior, *Problemas com o governo dos juizes: sobre a legitimidade democrática do "judicial review"*, cit., p. 255-78; e Marcos Augusto Maliska, *Acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade*, *Justitia*, São Paulo, Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, 193:81-96, jan./mar. 2001.

O princípio democrático, em si, não implica necessariamente a existência de controle de constitucionalidade. Na verdade, o controle se estrutura a partir de determinada configuração do sistema político democrático, que consubstancia um modelo de Estado de Direito democrático centrado em Constituição dotada de supremacia hierárquico-formal, encontrando em seus princípios básicos a sua própria fonte de legitimidade<sup>1244</sup>.

Na medida em que o caráter político da jurisdição constitucional se acentua, como sucede, pelas razões já fartamente examinadas, nos sistemas de controle de matriz europeia, a questão do déficit de legitimidade dos órgãos de fiscalização se torna mais grave, podendo vir a comprometer o esforço de implantação do controle concentrado em Estados desprovidos de controle jurisdicional ou em que vigore o sistema difuso<sup>1245</sup>. Por essa razão, alguns autores germânicos procuraram reforçar a legitimidade das Cortes Constitucionais, em contraste com os órgãos de representação política, sem, entretanto, descuidar da natureza eminentemente jurídica de sua atuação, o que não recomenda para sua composição os mesmos critérios utilizados para o preenchimento das Casas Legislativas.

Desponta, nessa empreitada, a proposta de Peter Häberle de conceber o processo de interpretação constitucional em termos plurais, mesmo nos sistemas em que vigora o monopólio da competência para o controle jurisdicional:

"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

1244 Veja-se o item 6, *retro*. Oscar Vilhena Vieira, na obra *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, cit., p. 25-31, apresenta quatro modelos de conciliação entre democracia e constitucionalismo: o primeiro seria o dos Estados de Constituição flexível, em que inexistiria fiscalização de constitucionalidade; no segundo, terceiro e quarto modelos, a presença de Constituição rígida ou semirígida traria à tona a questão do controle das decisões políticas pela Justiça Constitucional, sendo tal controle particularmente pujante e, por isso mesmo, mais polêmico à luz da teoria democrática, nos Estados dotados do que o autor denomina Constituições super-rígidas, em que o próprio Poder Constituinte reformador é limitado por determinadas cláusulas substantivas.

1245 Na Alemanha, esse debate decisivo antecedeu em quase vinte anos a implantação da Corte Constitucional, consagrada na Lei Fundamental de Bonn, de 1949. O questionamento da legitimidade política da jurisdição constitucional foi feito por Carl Schmitt, em seu trabalho *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, já anteriormente referido. Para rebatê-lo escreveu Hans Kelsen o artigo *Quem deve ser o guardião da Constituição*, que integra a obra *Jurisdição constitucional*, objeto de inúmeras citações ao longo da presente investigação.

demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma 'sociedade fechada'. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primordialmente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados."<sup>1246</sup>

Nota-se o contraste com a visão kelseniana, ou mesmo dos corifeus da Hermenêutica concretista, em que a interpretação concretizadora, de caráter criativo, é apenas a interpretação dos órgãos incumbidos da aplicação oficial do direito<sup>1247</sup>. Para Häberle, na exata medida em que se rejeita a natureza meramente declaratória do ato de interpretação, enfatizando-se a criatividade inerente à exegese, máxime a que tem por objeto normas constitucionais, caminha-se no sentido da ampliação do círculo de hermenêutas, que acaba por se converter na "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição". Ou seja, a tarefa de concretização da Lei Maior, que culmina por incrustar a sua normatividade no tecido social, compete a todos os que participam de seu domínio normativo, com diferentes graus de eficácia, por certo, no tocante à contribuição de cada um, aplicadores oficiais e informais da Constituição.<sup>1248</sup>

1246 *Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1997, p. 11-2, apud Ives Gandra da Silva Martins e outro, *Controle concentrado*, cit., p. 162.

1247 Atente-se para o seguinte excerto extraído da *Teoria pura do Direito*, cit., p. 370: "Da interpretação através de um órgão [oficial] aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito. Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretender cumprir um dever jurídico que sobre ele impende realizando aquela conduta a cuja conduta oposta a norma jurídica liga uma sanção, esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, de forma a ser julgada como delíto a conduta do indivíduo que nela se baseou."

1248 Invoque-se outro segmento da obra *Hermenêutica constitucional*, cit., p. 30-1, apud Ives G. da Silva Martins e outro, *Controle concentrado*, cit., p. 162-3: "A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia,

Em suma, a jurisdição constitucional extrai a sua legitimidade da opção feita pelo Constituinte originário de edificar o sistema político (democrático) com suporte em normas conformadoras da atuação de todos os Poderes do Estado, de modo a assegurar a sobrevivência das instituições democráticas e o pluralismo que lhes é inerente e os direitos fundamentais da pessoa humana. Como, todavia, conciliar a existência de um extenso catálogo de intérpretes da Constituição, enquanto exigência do pluralismo democrático e da moderna concepção participativa da democracia, com o monopólio da função de controle de constitucionalidade no sistema modal europeu e com a natureza predominantemente objetiva do processo pelo qual se desenvolve?

A nosso ver, a conciliação pode dar-se com a ampliação da participação nos procedimentos de controle, atingindo-se um ponto ótimo na democratização do debate das questões submetidas à jurisdição constitucional que não lhe comprometa a efetividade. Uma das maneiras de fazê-lo está na própria combinação dos métodos de controle, admitindo-se, ao lado do controle principal, a fiscalização incidental da constitucionalidade das leis e atos normativos, que enseja a participação na solução do conflito de todas as pessoas, públicas e privadas, afetadas pelo ato impugnado, além do Ministério Público, enquanto fiscal da lei, e da magistratura de base, a quem se atribui a relevantíssima competência de filtragem das questões constitucionais a serem submetidas ao órgão concentrador do controle. A outra consiste na ampliação do rol de legitimados a provocar o controle abstrato de normas, o que já se fez, no Brasil, com o advento da Constituição de 1988, em termos tão generosos que, talvez, estejam a merecer alguma reformulação de caráter restritivo.<sup>1249</sup> Por último, se a ideia é facultar

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 subsumção. A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência 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 da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional).<sup>1250</sup>

<sup>1249</sup> Pelo menos para afastar a sombra de inconstitucionalidade que paira sobre o requisito da pertinência temática, que a jurisprudência do STF fez incidir em relação a alguns dos legitimados ativos.

a todos os interessados na questão constitucional, inclusive aos grupos sociais minoritários, o oferecimento de alternativas para a exegese do texto da Constituição, é preciso contar com alguma abertura procedimental nos processos de controle abstrato de normas, que enseje à sociedade organizada<sup>1250</sup> trazer à consideração da Corte a sua aprecação da matéria. Andou nessa direção o legislador infraconstitucional brasileiro, ao admitir a intervenção do *amicus curiae* nos processos das ações diretas de inconstitucionalidade.<sup>1251</sup> É interessante notar que, em seu artigo "Quem deve ser o guardião da Constituição", Hans Kelsen, há mais de setenta anos, já preconizava a necessidade de incorporar o elemento participativo às regras disciplinadoras do processo de fiscalização perante as Cortes Constitucionais:

<sup>1250</sup> Por meio da expressão "sociedade organizada" queremos referir-nos às entidades públicas de natureza política e aos grupos intermediários, tais como partidos políticos, sindicatos, associações civis etc., cabendo ao órgão de controle atribuir-lhes a representatividade. Cuida-se de um modo de ordenar a participação dos interessados no debate interpretativo que se trava em sede de jurisdição constitucional.

<sup>1251</sup> Cf. o art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99. Sobre a função legitimadora do instituto, veja-se Edgard Silveira Bueno Filho, "Amicus curiae" - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 47:7-15, abr./jun. 2004, artigo esse em que se consignou o seguinte: "Pois bem. Se é assim, ou seja, se determinado ato normativo provoca dúvidas quanto a esse importante aspecto de sua validade, a ponto de justificar a movimentação das pessoas constitucionalmente designadas para exercer o processo de controle, nada melhor do que emulçá-lo, de forma exaustiva, de modo a se obter uma decisão a mais segura e completa possível. Em outras palavras, o que se quer dizer é que a decisão proferida na atividade de controle da constitucionalidade deve ter sido precedida de exame exaustivo do ato normativo suscitado, de forma a mostrar aos jurisdicionados a sua conformidade ou desconformidade com a Constituição, espancando toda e qualquer dúvida suscitada. (...) A decisão sob comentário (*do STF na ADI 2.130-SC*), fundamentada na doutrina abalizada de Paulo Bianchi, ressaltou que a presença do *amicus curiae* no processo, em maior extensão do que no passado, serviria para garantir maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte Constitucional. Em outras palavras, sustentou que, além do sentido democrático da participação desse terceiro gabaritado, o debate seria enriquecido dada a representatividade da entidade ou órgão, com a possibilidade de transmissão aos julgadores de elementos de informação e experiências de implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais notáveis. Paralelamente, tal presença reforça o princípio do contraditório e ampla o direito de defesa na medida em que permite que uma entidade representativa, mesmo sem estar qualificada constitucionalmente para arguir a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um ato normativo, tenha condições de manifestar-se em defesa de uma ou outra posição, com vistas a obter uma decisão favorável a sua tese, com força *erga omnes*, o que, até então, era impossível."



"O processo dialético do Parlamento moderno é, fundamentalmente, algo muito parecido à 'forma judiciária' do processo diante de um tribunal. Seu objetivo é trazer à luz todos os prós e contras de determinada solução, e a experiência demonstra que esse resultado é mais bem garantido quando se confia o ataque e a defesa a duas instâncias diferentes. Isso é imediatamente possível quando na questão em debate existem dois interessados ou dois grupos de interesse com orientação distinta. Esse é sem dúvida o caso da questão de inconstitucionalidade de uma lei. Conflitos de interesse de natureza nacional, religiosa, econômica, antagonismos entre grupos interessados em centralização ou descentralização, e muito mais. Dar a tais antagonismos uma expressão técnico-processual adequada é tarefa do código processual. O caráter litigioso, o assim chamado *caráter judiciário* do procedimento, é também totalmente indicado quando se trata da aplicação de uma norma constitucional que concede uma margem larga de discricionariedade. O litígio então não trata, ou melhor, não trata somente e não só diretamente sobre a questão da constitucionalidade, mas também sobre a conveniência do ato impugnado; é também uma discussão sobre o melhor modo pelo qual a criação do direito - individual ou geral - deve ocorrer dentro do quadro traçado pela Constituição."<sup>1252</sup>

A partir da perspectiva de que a interpretação e a aplicação de normas constitucionais, no âmbito do processo de fiscalização, não configuram atividade criativa equiparável à do Poder Constituinte, estando balizada pela textualidade das normas interpretandas e sua inserção sistêmica, bem como pela validade doutrinária dos métodos exegéticos utilizados, torna-se requisito imprescindível das decisões de controle a sua motivação. Consoante demonstraram Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, a jurisdição constitucional não atua, simplesmente, mediante critérios valorativos e sim medianamente critérios normativos, pautados pela Constituição, e que, na justa medida de sua origem democrática, refletem os valores dominantes na sociedade.<sup>1253</sup>

<sup>1252</sup> *Jurisdição constitucional*, cit., p. 264-5.

<sup>1253</sup> Como aponta Marcos A. Maliska, no artigo *Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade*, cit., p. 92, "para Habermas é presente a distinção entre normas e valores, inicialmente através de suas respectivas referências ao agir obrigatório (norma) ou teleológico (valor); em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas,

A publicidade das decisões de controle é aspecto correlato à sua fundamentação, pois o que se pretende é a justificativa, perante a comunidade servida pela Corte, de suas decisões concretizadoras da vontade constitucional.<sup>1254</sup> No direito brasileiro, ambos os pressupostos estão contemplados pela Constituição em vigor, ao estabelecer, em seu art. 93, IX, que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade", o que se completa com a disposição do art. 28, *caput*, da Lei n. 9.868/99, que determina a publicação, em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*, da parte dispositiva dos acórdãos proferidos nos julgamentos de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, "dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão".

O que se pretende, em última análise, com a denominada "democratização" da jurisdição constitucional é afinar a interpretação concretizadora com os critérios axiológicos presentes na sociedade. Se o povo soberano deve, mediante a representação política e eventual ratificação posterior da Constituição elaborada por meio desta<sup>1255</sup>, dar conformação jurídico-constitucional aos valores que expressam a sua alma, a atualização do sentido dessas normas, em face das transformações sociais e no limite

adverte Habermas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira". Desse modo, "segundo Habermas, um discurso racional necessariamente deve resguardar a distinção entre aplicação de normas e fundamentação de normas, de maneira a sustentar de forma lógica-argumentativa [*sic*] a delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação".

<sup>1254</sup> André Ramos Tavares, in *Teoria da Justiça Constitucional*, cit., p. 251, alude à dimensão comunicativa, ao examinar a função interpretativa das Cortes Constitucionais: "Ao Tribunal Constitucional é defeso promover uma leitura isolada da Constituição, sem maiores esclarecimentos ou demonstrações. O próprio método utilizado, suas vantagens e as preocupações do Tribunal devem ser, por este, apresentadas no próprio contexto decisório. Trata-se de uma dimensão comunicativa, que se não é a própria interpretação, é, contudo, imamente a essa atividade quando desempenhada pelo Tribunal Constitucional. Um diálogo adequado do Tribunal Constitucional com a sociedade é possível a partir de uma teoria do agir comunicativo, que permita um consenso em torno da decisão adotada (Habermas)".

<sup>1255</sup> Ao tratar das formas de expressão do Poder Constituinte originário, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no seu *Curso*, cit., p. 27, que, de modo geral, "o grupo constituinte só age revolucionariamente para derrubar a Constituição anterior, preparando a consagração da nova ideia de direito". "Para o estabelecimento da nova lei fundamental, convida ele uma *convenção*, ou *Assembleia constituinte*, na qual os mais importantes de seus membros (e às vezes alguns adversários ateli) discutem e aprovam suas regras (p. ex., Constituição de 1946). Às vezes, ainda o produto da deliberação dessa Assembleia é submetido à votação popular, ao *referendum* - para que o titular do Poder Constituinte expressamente se manifeste. Estes dois processos são particularmente apreciados pelos grupos inspirados no ideal democrático."

do juridicamente possível, compete, com diferente margem de liberdade, ao Poder Constituinte de revisão e aos órgãos que operam o sistema de fiscalização. Uma das maiores, senão a maior crise por que passou o instituto do controle de constitucionalidade ocorreu nos Estados Unidos, durante o período que se seguiu à crise econômica de 1929, em que a Suprema Corte, apegando-se à concepção liberal de Estado que havia presidido a elaboração da Carta de 1787, recusava-se a atualizar o seu sentido, declarando inconstitucionais diversas leis essenciais à política intervencionista do governo Roosevelt (*New Deal*), amplamente respaldada pela vontade popular, expressa nas eleições para os Poderes Executivo e Legislativo.<sup>1256</sup> A "vontade dos vivos" contrapunha a Corte a "vontade dos mortos", mediante o apelo aos métodos gramatical e histórico de interpretação, porém não deixando de demonstrar, de outra parte, que, na verdade, se tratava de escolhas exegéticas dos próprios juízes constitucionais, porquanto, nos espaços deixados pelo Constituinte para serem ocupados pelo legislador infraconstitucional, erguia a Corte a barreira dos limites implícitos, em que a elegância da formulação jurídica estava a encobrir a natureza aristocrática e conservadora de seu labor exegético.<sup>1257</sup> Os instrumentos de participação e processos de controle e a motivação e publicidade das decisões neles produzidas constituem antídotos poderosos ao isolamento esquizofrênico, sob o prisma democrático-funcional, das Cortes Constitucionais. No entanto, devem ser complementados, especialmente nos sistemas de controle de padrão europeu, em que avulta o elemento político, por critérios adequados de escolha dos juízes constitucionais, assunto a seguir versado.

#### 54 O Supremo Tribunal Federal como órgão concentrador da competência de controle: a questão dos juízes constitucionais

Cabe indagar se a transformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro em um sistema de padrão europeu importa na criação

de um novo tribunal para exercer o monopólio da competência de fiscalização. O desenvolvimento da Seção I do presente capítulo assentou-se no pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal deverá ser o tribunal concentrador da competência de controle, pois, atualmente, a nossa Corte Suprema já ostenta o perfil de Corte Constitucional, em sentido amplo.<sup>1258</sup> Não se nega que, ao contrário das Cortes Constitucionais europeias, não dispõe o STF do monopólio da fiscalização de constitucionalidade, sendo altamente prejudicada a sua especialização em jurisdição constitucional pelo fato de exercer ampla competência revisora nos processos que lhe são dados a conhecer por meio de recurso extraordinário; porém, não é menos verdadeiro que o conjunto de competências que ora lhe são deferidas procura expressar sua missão precípua de guarda da Constituição (art. 102, *caput*, da CF)<sup>1259</sup>. Portanto, afigura-se-nos mais acertado e reverente à tradição republicana preservar o Supremo Tribunal Federal e atribuir-lhe a condição de Corte Constitucional em sentido estrito, isto é, com as características de um Tribunal Constitucional europeu,<sup>1260</sup> adaptando as suas competências jurisdicionais a esse novo perfil, assim como a sua composição.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, ao cabo da reforma ora preconizada, passaria a deter o monopólio da função de controle de constitucionalidade em face da Constituição Federal, com a ressalva que fizemos em relação à verificação da conformidade do direito municipal à Constituição da República, que poderia ser deferida às Cortes Constitucionais estaduais,

<sup>1258</sup> Veja-se o item 10, *retro*.

<sup>1259</sup> Nesse sentido a manifestação de Carlos Mário Velloso, no artigo O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional, já anteriormente referido (nota 218), asseverando que, justamente para que pudesse o STF realizar a sua missão de Corte Constitucional, criou a Constituição de 1988 o Superior Tribunal de Justiça, que passou a exercer a competência do Supremo Tribunal no que concerne ao contencioso de direito federal comum; vale dizer: ao tempo em que a Constituição confere ao STF as galas de guardião maior da Constituição, ela deseja que o STJ seja o responsável pela integridade, pela autoridade e pela uniformidade de interpretação do direito federal comum." Daí a conclusão, que está no âmago da proposta então alinhavada pelo Ilustre Ministro e professor, de que "é preciso retirar do STF e passar para o STJ certas competências que não condizem com a sua condição de Corte Constitucional".

<sup>1260</sup> Embora não seja o mais usual, nada impede que uma Corte Constitucional em sentido estrito faça parte do Poder Judiciário. Assim, o STF continuaria a integrar o Poder Judiciário brasileiro, mesmo porque o controle de constitucionalidade sempre configura exercício, ainda que anômalo, da função jurisdicional, cabendo ao STJ a condição de instância revisora máxima, no que toca à observância e uniformização da interpretação do direito ordinário federal.

<sup>1256</sup> Cf. Bernard Schwartz, *Direito Constitucional americano*, cit., p. 182.

<sup>1257</sup> Conforme apontou Paulo Bonavides in *Curso*, cit., p. 433-4, "a reflexão interpretativa que resultou na doutrina americana dos poderes implícitos está, do ponto de vista ideológico, inteiramente vazada na concepção do Estado liberal" e, "se a separação de poderes é a técnica que com mais facilidade consente a identificação ou o reconhecimento de suas matrizes ideológicas, a teoria dos poderes implícitos, sem embargo de encobrir, à primeira vista, esse aspecto, não é menos vinculada historicamente ao processo liberal e à ideologia burguesa". Sem prejuízo de se tratar de um "dos mais formosos produtos da razão que o liberalismo introduziu no Direito".

com a possibilidade, restrita a situações de acentuada repercussão institucional, da interposição de recurso extraordinário ao Pretório Excelso<sup>1261</sup>. Observada a exclusividade da competência para a fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais diante da Constituição Federal, não assistiria ao Supremo Tribunal Federal, tal qual sucede atualmente, o monopólio da interpretação e aplicação das normas da Lei Maior, cabendo, em geral, à jurisdição dita ordinária fazê-lo no deslinde de casos concretos. E fazê-lo, acrescentaríamos, em caráter definitivo, com exceção das decisões ofensivas a normas assecutorias de direitos e garantias fundamentais, também passíveis de recurso extraordinário ao STF<sup>1262</sup>. Assim, a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal a título exclusivo centrar-se-ia no denominado contencioso de normas (controle concreto e abstrato de normas), visando à supremacia da Constituição Federal, não deixando, contudo, de contemplar algumas competências relacionadas à proteção da Lei Maior em face de atos não normativos, como é o caso da competência recursal extraordinária em matéria de direitos fundamentais, mas, também, do julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República, dos membros do Congresso Nacional, dos próprios Ministros do Supremo e do Procurador-Geral da República nas infrações penais comuns (art. 102, I, b, da CF), além dos litígios que consubstanciem conflito federativo (art. 102, I, f, da CF)<sup>1263</sup>.

No tocante à composição da Corte, é preciso atentar para a advertência de Kelsen, de que "não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis", e "a organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada uma delas"<sup>1264</sup>.

1261 Cf. o item 43, *retro*.

1262 Cf. o item 45, *retro*, sobre a reconfiguração do recurso extraordinário no sistema de jurisdição constitucional concentrada.

1263 A especialização dos Tribunais Constitucionais nos sistemas de fiscalização concentrada, portanto, é sempre relativa, compreendendo algumas atribuições exorbitantes do controle de normas, atribuições essas, entretanto, que devem estar diretamente relacionadas à defesa da Constituição, de modo a se poder associá-las à jurisdição constitucional (*lato sensu*). Jean-Claude Béguin, *In Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale D'Allemagne*, cit., p. 34, agrupa as competências da Corte Constitucional alemã em quatro grandes grupos: "contencioso quase-penal (A), contencioso dos direitos constitucionais ou fundamentais (B), contencioso de normas (C), contencioso dos litígios entre órgãos constitucionais (D)".

1264 *Jurisdição constitucional*, cit., p. 153.

Em relação ao aspecto quantitativo-subjetivo da composição da Corte Constitucional, ponderou o fundador da Escola de Viena que "o número de seus membros não deverá ser elevado, pois é sobre questões de direito que ela é chamada a se pronunciar, e ela deve cumprir uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição"<sup>1265</sup>. Com efeito, os principais Tribunais Constitucionais europeus não contam com mais de 16 (dezesseis) membros<sup>1266</sup>, não havendo, pois, razão para que a composição do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão concentrador da jurisdição constitucional, seja muito discrepante disto, até porque se espera uma redução do número de processos em relação aos que hoje por ele tramitam. De toda sorte, parece-nos que a composição atual, de 11 (onze) Ministros, está por demais defasada, podendo-se aproveitar a reformulação de suas competências para elevá-la a um patamar razoável, que seria, a nosso juízo, o de 15 (quinze) Ministros<sup>1267</sup>.

Bem mais polêmica é a questão do critério de escolha dos juízes constitucionais. Na medida em que se robustece o papel político do Supremo Tribunal Federal, nos termos examinados nos itens precedentes desta seção, e considerando-se o princípio do pluralismo, um dos fundamentos de nosso "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, V, da CF), sustentamos que melhor asseguraria uma composição plural a atribuição da indicação de seus membros a diferentes órgãos ou autoridades, continuando a caber ao Senado Federal a aprovação da escolha<sup>1268</sup>, previamente à nomeação pelo Presidente da República (art. 101, par. único, da CF). O pluralismo a que nos referimos diz respeito tanto à representatividade das correntes de pensamento sobre o modo de conceber o direito e de compreender a Constituição<sup>1269</sup> quanto ao perfil profissional dos juízes, mesclando Ministros

1265 *Jurisdição constitucional*, cit., p. 153-4.

1266 Veja-se Louis Favoreu, *As Cortes Constitucionais*, cit., p. 30-1.

1267 Esse era o número originário de juízes do STF, como se constata do art. 56 da Constituição de 1891, equivalendo ao número de membros da Corte Constitucional Italiana (art. 135, par. primeiro, da Const. de 1947).

1268 O número de votos necessários à aprovação do nome indicado é que poderia ser um pouco mais elevado, talvez três quintos dos Senadores, o que guardaria correlação com o número de votos exigidos para as indicações pelas duas Câmaras das Cortes Gerais espanholas (Congresso de Deputados e Senado) de parte dos membros do Tribunal Constitucional (art. 159, n. 1, da Const. de 1978).

1269 Deve-se buscar certa aproximação com a representatividade das ideologias democráticas (liberalismo, neoliberalismo, social-democracia, socialismo democrático etc.) no seio da sociedade brasileira.

oriundos da advocacia, pública e privada, da magistratura, do Ministério Público, da atividade política, das Faculdades de Direito<sup>1270</sup> etc. Bem por isso, afigura-se nos inaceitável e comprometedora do perfil que se desenha para um órgão incumbido, a título exclusivo, da fiscalização de constitucionalidade a reserva de vagas no Supremo Tribunal Federal a magistrados de carreira, escolhidos pelos tribunais superiores como uma autêntica forma de ascensão funcional, merecendo ser transcrita a crítica contundente que Mauro Cappelletti formulou a esse respeito:

"As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a dizer estaticamente o que é o direito, a 'dar uma ordem' para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as razões, os *Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade; consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em uma *polêmica contra o passado* e em um *programa de reformas em direção ao futuro*. Disso decorre que a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é, absolutamente, uma atividade a que possa, sempre, julgar-se preparado sobretudo o juiz 'de carreira', amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com frequência, senão os ecos atenuados."<sup>1271</sup>

<sup>1270</sup> Mais uma vez nos socorremos da reflexão, sempre atual, de Keisen, que na *Juristi-cão constitucional*, cit., p. 154, aduz: "Entre os modos de recrutamento particularmente típicos, não poderíamos precomizar sem reservas nem a simples eleição pelo Parlamento, nem a nomeação exclusiva pelo chefe de Estado ou pelo governo. Talvez fosse possível combinar ambas, por exemplo, com o Parlamento elegendo juizes apresentados pelo governo, que deveria designar vários candidatos para cada uma das vagas a serem preenchidas, ou vice-versa. É da mais alta importância conceder na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado para os juristas de carreira. Por exemplo, poder-se-ia conseguir isso atribuindo às Faculdades de Direito, ou a uma comissão comum de todas as Faculdades de Direito do país, um direito de apresentação para pelo menos uma parte das vagas, ou também atribuindo ao próprio tribunal o direito de fazer uma apresentação para cada vaga que seja ou de preenchê-las por eleição, isto é, por cooptação. De fato, o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas eminentes." À luz de nossa realidade, não nos parece aconselhável a indicação de vários nomes para uma única vaga, sob pena de se assistir à politização excessiva ou até mesmo à partidarização do processo de votação dos nomes no Senado.

<sup>1271</sup> O *controlle judicial*, cit., p. 89.

Apenas a título de sugestão, poder-se-ia distribuir as indicações para o provimento dos 15 (quinze) cargos de Ministro do STF da seguinte forma: 4 (quatro) indicações seriam feitas pelo Presidente da República; 3 (três) pelo Presidente da Câmara; 3 (três) pelo Presidente do Senado; outras 3 (três) pelo Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (art. 103-B), deliberando pela maioria qualificada de três quintos de seus membros; e, finalmente, 2 (as duas últimas) pelo próprio Supremo Tribunal Federal, deliberando, igualmente, por três quintos de seus integrantes. Essa fórmula combinaria o elemento ideológico, presente na indicação de nomes pelas mais elevadas autoridades da República, com o elemento técnico-jurídico, que, certamente, teria um peso maior nas indicações provenientes do CNJ e do STF. De outra parte, a aprovação dos indicados pelo plenário do Senado Federal, previamente à nomeação final pelo Presidente da República, com a exigência do voto favorável de três quintos dos Senadores, evitaria a partidarização excessiva das escolhas. Por último, no tocante às 6 (seis) indicações provenientes do Congresso Nacional, entendemos que a sua atribuição aos Presidentes da Câmara e do Senado é mais adequada do que eventual deferimento da competência ao plenário ou às Comissões de Constituição e Justiça das Casas respectivas, pela responsabilidade pessoal que assume a autoridade indicadora.<sup>1272</sup>

O aspecto derradeiro a ser considerado, no tocante à composição da Corte, é o referente à forma de provimento do cargo de Ministro, ou seja, cabe avaliar se deveria ser mantido o sistema atual de provimento efetivo em caráter vitalício ou se não seria mais adequado adotar a solução mais presente nas Cortes europeias<sup>1273</sup>, da nomeação a termo, estipulando-se um mandato fixo para o desempenho das funções de juiz constitucional. Não tibubeamos em pender para essa segunda alternativa<sup>1274</sup>, desde que o mandato não seja de curta duração, permitindo, destarte, a combinação entre a salutar renovação da jurisprudência constitucional (estimulada pela renovação dos membros do Tribunal) e a indispensável continuidade, que a permanência dos juizes por um mandato relativamente longo proporciona.

<sup>1272</sup> Vai nesse sentido a experiência do Conselho Constitucional francês, que, embora inserido em sistema de controle de natureza política, atua de maneira semelhante às Cortes Constitucionais do sistema europeu de jurisdição concentrada.

<sup>1273</sup> Cf. Louis Favoreu, *As Cortes Constitucionais*, cit., p. 30-1.

<sup>1274</sup> Com o respeito, obviamente, à vitaliciedade dos atuais Ministros.

Aliás, para evitar a quebra dessa linearidade jurisprudencial, o mais acertado seria ajustar a renovação parcial, em blocos, da composição da Corte.<sup>1275</sup> A nossa proposta é a da fixação, a partir da reforma ora idealizada, de um mandato de 12 (doze) anos para os Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>1276</sup>, com a estipulação de regras de transição que venham a ensinar a renovação de um terço dos mandatos a cada período de 5 (cinco) anos (também haverá, por certo, a necessidade de disciplinar o preenchimento de vagas que ocorressem no curso do mandato).

SUMÁRIO: 55. Síntese conclusiva. 56. O porvir do Direito Constitucional brasileiro.

## 55 Síntese conclusiva

O princípio da supremacia da Constituição decorre do vínculo que se estabelece entre ela e o poder do qual promana, poder esse que encarna a soberania estatal, estruturando a ordem jurídica e subordinando a atividade dos órgãos que institui para o exercício das funções do Estado, em busca da consecução de suas finalidades. A despeito de sua crescente relativização no mundo contemporâneo, mercê da intensificação do processo de integração regional, como resposta à perda de capacidade regulatória pelos Estados nacionais, em face do fenômeno da globalização, a soberania permanece sendo um atributo válido para definir a estatalidade. E o Estado soberano, de outra parte, ainda é a categoria nuclear do processo político, nacional e internacional, cabendo à Constituição respectiva disciplinar o impacto das normas internacionais no plano interno inclusive.

Da supremacia hierárquico-formal das normas constitucionais derivam duas importantes consequências, quais sejam a exigência de um procedimento especial para sua modificação (rigidez) e a organização, pelo Constituinte, de instrumentos destinados a coibir a veiculação de leis e atos normativos contrários às disposições da Lei Maior, bem como a omissão na edição de provimentos normativos por ela reclamados. O controle de constitucionalidade, portanto, sob o ponto de vista da agressão comissiva à Constituição, preordena-se ao combate do vício de inconstitucionalidade, fazendo atuar a sanção de invalidade a ele cominada pelo ordenamento.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado como político ou jurisdicional, dependendo da natureza da fiscalização. No primeiro caso, o controle se desenvolve no âmbito da função legislativa, ainda que, eventualmente, por critério jurídico, ou consubstancia a função autônoma de controle político, ao passo que, no segundo, o controle tipifica o exercício de função jurisdicional. Quanto ao momento de seu desencadeamento, a fiscalização é dita preventiva, se colhe atos ainda em processo de formação, e repressiva, se tem por objeto leis e atos normativos já publicados. Em sede de fiscalização jurisdicional, despontam duas classificações de grande

1275 Registre-se a coincidência de conclusões em relação à análise, sobre o mesmo tema, de André Ramos Tavares, em sua *Teoria da Justiça Constitucional*, cit., p. 386-7: "A estipulação de um mandato é a fórmula mais próxima da representação popular dos demais poderes e proporciona a possibilidade de mudança e evolução de suas decisões. Nesse ponto, representa um elemento de diversidade numa contextualização temporal, atuando, conjuntamente, com o elemento de diversidade pessoal [subjéctiva] anteriormente mencionado. (...) É adequado o modelo que vai excluindo singularmente os integrantes do Tribunal Constitucional conforme vão expirando o mandato ou período de cada um, em datas diversas dos demais integrantes." Como lembra o referido autor, é esse o modelo adotado na Espanha, *ex vi* do disposto no art. 159, n. 3, da Constituição de 1978: "Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e se renovarão por tercias partes a cada três."

1276 É essa a duração do mandato dos juizes da Corte Constitucional alemã [art. 44 da Lei Orgânica do Tribunal, de 12-3-1951].



relevância: sob o prisma orgânico-subjetivo, considerada, genericamente, a faculdade de averiguar a constitucionalidade de leis e atos normativos, alude-se ao controle difuso, isto é, deferido a todo e qualquer órgão do aparato judiciário, respeitada a sua competência processual, em contraposição ao controle concentrado, em que a fiscalização é monopolizada por um tribunal especializado em questões constitucionais; já sob o aspecto modal, o controle é considerado principal se a questão de constitucionalidade condensa o objeto do processo, enquanto é chamado de incidental o processo de controle em que a questão de constitucionalidade apenas se situa como um antecedente lógico para a apreciação do pedido principal, referente a direitos e interesses subjetivos. O controle incidental é sempre, portanto, de natureza concreta, o que nem sempre ocorre com o controle principal, o qual, embora mais frequentemente de natureza abstrata, compreendendo a avaliação em tese da constitucionalidade do ato impugnado, admite, excepcionalmente, que esse exame seja feito em função da repercussão do ato normativo na esfera subjetiva do requerente. De outra parte, o controle abstrato de normas ensina sempre um processo de natureza objetiva; já o controle de feições concretas, em suas variadas modalidades, é realizado por meio de processos predominantemente subjetivos ou objetivos, mas sempre compreendem algum grau de objetivação.

No plano da eficácia subjetiva, as decisões de controle podem afetar unicamente as partes (efeitos *inter partes*) ou apresentar efeitos contra todos, que, em geral, apenas no caso de procedência da arguição de inconstitucionalidade, são perenizados por meio da coisa julgada material. Já sob o ângulo da eficácia temporal, há que distinguir as decisões proferidas em sistemas de controle que operam com sanção de nulidade das decisões de sistemas lastreados em sanção de anulabilidade. Na primeira hipótese, a procedência da arguição dá ensejo a provimento jurisdicional meramente declaratório, que se limita a constatar a ineficácia *ab initio* e de pleno direito do ato impugnado, enquanto, na segunda, o acolhimento da inércia deságua em decisão constitutivo-negativa, cujos efeitos temporais podem ser modulados, indo desde a retroatividade, em graus variados, até a irretratividade (anulação a partir da publicação da decisão) ou mesmo o desfazimento com efeitos *pro futuro*.

A inconstitucionalidade por omissão não pode ser tratada com o mesmo instrumental teórico pelo qual se aborda a inconstitucionalidade comissiva, sendo inteiramente estranha à teoria da invalidade dos atos normativos. Para a sua configuração exige-se a presença de um específico dever de legislar, cujo adimplemento seja condição da plenitude eficaz

de normas constitucionais de eficácia limitada. Há que conjugar a inércia do legislador ao decurso de um prazo, que pode ser fixado na própria norma a ser colmatada ou estimado pelo órgão de controle, o que nem sempre é tarefa simples. O controle da omissão inconstitucional é sempre repressivo e, se de natureza jurisdicional, pode ser concentrado ou difuso, realzado pelo método principal ou incidental. Quanto à eficácia subjetiva, comporta decisões com efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, porém, sob o prisma temporal, essas decisões são sempre irretrativas (*lex nunc*). Os efeitos objetivos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade omissiva constituem autêntico "calcanhar de Aquiles" da doutrina que até aqui se construiu em torno do tema, havendo enorme dificuldade em ampliar a eficácia dos pertinentes processos de fiscalização sem abalar o edifício institucional da separação dos Poderes.

A metodologia do Direito Comparado permite a identificação de três sistemas-padrão de controle bem distintos. O sistema francês, infenso à submissão da atividade legislativa à jurisdição constitucional, por razões históricas e ideológicas, estruturou-se em torno do processo legislativo, ostentando, pois, natureza político-preventiva. Não se difundiu, todavia, para além dos limites do Estado de origem, ao contrário dos dois grandes sistemas jurisdicional-repressivos. O sistema de fiscalização jurisdicional pioneiro é o de matriz estadunidense, beneficiando-se da naturalidade da ampla atuação do Poder Judiciário em prol da proteção dos direitos e interesses individuais nos ordenamentos filiados ao *common law* e da concepção liberal-clássica dos *founding fathers*, quer em relação ao princípio da separação dos Poderes, quer no que respeita à interpretação de normas jurídicas. Nesse sistema, o controle de constitucionalidade configura exercício de atividade jurisdicional ordinária, sendo, por isso mesmo, difuso e incidental, operando por meio de decisões com efeitos restritos ao caso concreto. A regra do precedente vinculante (*stare decisis*), contudo, acaba por promover certa generalização dos efeitos da declaração casuística de inconstitucionalidade no sistema americano. A nota da difusão torna incompatível o sistema com a sanção de anulabilidade, razão pela qual as decisões que acolhem arguição de inconstitucionalidade assumem natureza declaratória, de mera constatação da invalidade congênita do ato controlado, o que se traduz por uma aparente retroatividade radical do decisório. Apenas nos anos vinte do século passado, foi oferecida uma alternativa sistêmica ao modelo de fiscalização estadunidense, porquanto, na Europa continental, somente a partir da elaboração doutrinária de Hans Kelsen logrou-se superar o dogma da supremacia do Parlamento, que reduzia as Constituições a

singelas declarações de princípio de conteúdo político, sem nenhuma operacjonalidade no plano jurídico. A estratégia adotada pelo notável jurista foi a de conceber o controle de constitucionalidade das leis como função de natureza para legislativa, dada a marcante presença do elemento criatividade, razão pela qual deveria competir, com exclusividade, a uma Corte Constitucional, órgão situado fora do Poder Judiciário e composto de maioria bastante distinta dos tribunais ordinários. Destarte, o sistema de controle de matriz europeia é eminentemente jurisdicional-repressivo, concentrando-se a competência para a averiguação de constitucionalidade em um único órgão, normalmente não integrante da estrutura do Poder Judiciário. No que tange ao método, consolidou-se a característica de combinar a arguição por via de ação direta (controle principal) com aquela decorrente do chamado incidente de inconstitucionalidade, mecanismo típico da jurisdição constitucional concentrada, mediante o qual os juizes e tribunais ordinários submetem à Corte as dúvidas fundadas quanto à inconstitucionalidade de ato legislativo, de cuja aplicação se cogite no caso concreto sujeito à sua apreciação. As decisões de controle no sistema de matriz europeia produzem sempre efeitos gerais, já que tais efeitos são inerentes ao controle principal e, na via incidental, acabam decorrendo, em termos lógicos, da concentração da fiscalização. Todavia, prevalece a tendência de somente fazerem coisa julgada material as decisões de proce-tração da competência de controle e a atribuição de efeitos *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade se associam, no sistema modelar de inspiração kelseniana, a outro elemento-chave, qual seja a sanção de anulabilidade, cuja identificação, ainda que se preste a alguma resistência doutrinária, é imposta por certas categorias decisórias que vicejaram na prática da fiscalização europeia e, também, pela nota típica da modulação dos efeitos temporais das decisões de controle.

Os dois sistemas-tipo da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, por outro lado, exercem autêntica *vis attractiva* sobre os específicos sistemas de controle delineados pelos Legisladores Constituintes, os quais acabam por se inserir em um ou outro modelo, como sucede com o sistema português, na verdade uma variante do modelo estadunidense.

No Brasil, à época da Constituição do Império, não existia o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, introduzido pela Constituição de 1891, que deu origem ao nosso constitucionalismo republicano. Coube a Rui Barbosa delinê-lo a partir do exercício da função jurisdicional ordinária, com o que adquiriu as feições do sistema-tipo de

padrão estadunidense, mostrando-se difuso, incidental, de efeitos *inter partes* e, inquestionavelmente, fazendo atuar sanção de nulidade. Após o advento da Constituição de 1934, iniciou o sistema brasileiro de controle uma lenta porém ininterrupta caminhada rumo ao sistema modelar europeu, como revelam dois institutos então trazidos a lume: a resolução do Senado suspensiva da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que denotava a preocupação com a disfunção representada pela falta de uniformidade das decisões de controle pelo método incidental, e a denominada "ação direta interventiva", que, sob a vigência da Constituição de 1946, funcionou como um sucedâneo do controle abstrato de normas, afinal introduzido pela Emenda n. 16/65 à referida Carta. O titubeio inicial dos operadores do sistema no tocante à eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade por meio da ação direta genérica restou superado pelo Supremo Tribunal Federal, já sob a vigência da Constituição de 1967/69. Entretanto, a atribuição da legitimação para a propositura da ação direta genérica, privativamente, ao Procurador-Geral da República, à época ocupante de cargo de confiança do Chefe do Poder Executivo federal, não permitiu o desenvolvimento do instituto até a entrada em vigor da Constituição de 5 de outubro de 1988. Sob a vigência desta, o sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade evoluiu, celeremente, em direção ao modelo europeu. Em primeiro lugar, pela ampliação do rol de órgãos e entidades legitimados para provocar o controle abstrato de normas pelo Supremo Tribunal Federal, o que redundou em sensível intensificação do controle principal. Este, por sinal, passou a contar, a partir de 1993, com mais um instrumento, a ação declaratória de constitucionalidade, e o Constituinte de 88 cuidou de legitimar o controle abstrato de nível estadual, consagrando-o expressamente. A par disso, mais recentemente, a legislação infraconstitucional veio traçar a disciplina processual do controle abstrato, com a visível preocupação de torná-lo mais eficiente. Por último, ocupou-se a Carta de 88, como nenhuma outra anteriormente o fizera, do tema da omissão inconstitucional, dedicando ao seu combate dois instrumentos, um, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, integrado ao controle principal (abstrato) e, portanto, propiciador de decisões com efeitos *erga omnes*, e outro, o mandado de injunção, concebido para atuar de forma incidental, produzindo decisões com efeitos restritos às partes.

O atual sistema de controle brasileiro admite a fiscalização de natureza política, tanto de caráter preventivo quanto repressivo, porém de importância marginal para o seu funcionamento. Tipifica, pois, um sistema de

controle eminentemente jurisdicional-repressivo. E, nesse sentido, adota a difusão no que pertence à competência para a fiscalização, a qual cabe a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, no limite de suas atribuições. Não há, pois, que falar em sistema misto, quanto ao aspecto orgânico-subjetivo, não obstante a competência privativa do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais de Justiça dos Estados para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Quanto ao método de fiscalização jurisdicional brasileira se caracteriza pelo hibridismo, combinando o controle principal com o incidental, o primeiro dando ensejo a um contencioso exclusivamente constitucional, de natureza abstrata e objetiva, e o segundo desenvolvendo-se no seio do contencioso ordinário, de natureza concreta e subjetiva. A feição objetiva do controle abstrato de normas traz consequências no plano da legitimação para agir e da aplicação dos princípios do contraditório e da disponibilidade processual. De toda sorte, trata-se do exercício, mesmo extraordinário e dependente de autorização constitucional expressa, da função jurisdicional, o que explica a vinculação do órgão de controle aos termos do pedido, não obstante possa examinar com largueza a causa de pedir.

O controle de constitucionalidade brasileiro enseja a declaração de inconstitucionalidade total ou parcial dos dispositivos do ato impugnado, nessa segunda hipótese tanto em termos quantitativos quanto qualitativos, isto é, fulminando-se, por contrariedade à Constituição, uma ou mais variantes exegéticas que se formaram a propósito dos dispositivos legais controlados. No âmbito do controle abstrato de normas, consolidaram-se modalidades de decisão de cunho interpretativo, que não devem ser confundidas: a decisão de improcedência total por interpretação conforme à Constituição do dispositivo impugnado; e a decisão de procedência parcial, declarando-se a inconstitucionalidade de uma ou mais possibilidades exegéticas, sem a redução do texto do dispositivo censurado. É certo, contudo, que ambas as técnicas decisórias podem ser combinadas, declarando-se a constitucionalidade por interpretação harmonizadora do dispositivo inconstitucionalidade de todas as demais variantes interpretativas. Na ação declaratória de constitucionalidade, o princípio da ação ou do pedido deve ser compreendido de maneira mais restrita do que na ação direta de inconstitucionalidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal ao julgá-la procedente declarar constitucional a lei impugnada, em face do específico vício de inconstitucionalidade objeto de controvérsia judicial, ou, na hipótese de dispositivo legal sujeito a variadas interpretações, levando em conta

aquela reputada inconstitucional pelas decisões de confronto. No controle incidental, a coisa julgada não cobre a questão constitucional versada na fundamentação do decisório, não havendo, pois, sequer que falar em "coisa julgada *inter partes*", não obstante a decisão de controle acabe afetando indiretamente as partes. À luz da configuração atual de nosso sistema de fiscalização, afigura-se inadmissível o reconhecimento de eficácia *erga omnes* às decisões de controle proferidas incidentalmente, mesmo que provenientes do Supremo Tribunal Federal e exaradas em caráter definitivo. No controle principal, a coisa julgada *erga omnes* é inerente às decisões de procedência, mas apenas a estas, não qualificando os efeitos das decisões de improcedência, quer no tocante às ações diretas de inconstitucionalidade, quer no que concerne às ações diretas de constitucionalidade, devendo-se adotar para os dispositivos pertinentes da Lei n. 9.868/99 interpretação conforme ao princípio da supremacia da Constituição. Rejeita-se, pois, a tese, largamente difundida, de que as duas ações diretas constituem uma mesma unidade funcional. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da procedência de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade produzem efeitos vinculativos em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em geral, porém tais efeitos não podem ser compreendidos nos moldes do direito alemão, importando em vinculação aos fundamentos determinantes da decisão, à nenhuma de inequívoca disposição constitucional que respalde sobre dita inteligência.

O sistema de fiscalização brasileiro, diante da difusão da competência de controle e da eficácia restrita das decisões na via incidental, não se mostra compatível com outra categoria sancionatória senão a de nulidade, conforme consagram doutrina amplamente majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Pode-se, portanto, afirmar que a sanção de nulidade infligida ao ato inconstitucional constitui princípio de nosso sistema de controle emanado diretamente da Constituição. Ora, sendo assim, há que reconhecer a patente inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99, que autoriza a convalidação parcial de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso no âmbito do controle abstrato de normas, em moldes assemelhados à modulação dos efeitos temporais da sanção de anulabilidade no sistema modelar europeu. De outra parte, não se afigura acertada a diretriz pretoriana no sentido de admitir largamente o uso de ação rescisória para a desconstituição de julgados discrepantes de decisões do Supremo, proferidas *principaliter* ou *incidenter tantum*, afirmativas da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de

Lei aplicada ou com aplicação afastada pela jurisdição ordinária. Cabível seria a rescisória apenas na hipótese de aplicação de lei ou ato normativo posteriormente declarado inconstitucional pelo STF e, mesmo assim, com a restrição da Súmula n. 343.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na verdade, constitui apenas um modo peculiar de exercício da ação direta de inconstitucionalidade, o que, entre outras consequências, torna admissível a cumulação de pedidos de declaração de inconstitucionalidade comissiva e omissiva ou a formulação de pedidos sucessivos, no caso de omissão parcial relativa, isto é, em que a omissão do legislador decorre da edição de lei concessiva de vantagem ou benefício, com a exclusão arbitrária de grupos ou categorias legitimados a percebê-lo em face da cláusula geral da isonomia. O mandado de injunção foi concebido pelo Constituinte de 88, sem fonte de inspiração identificável, como um instrumento inovador de combate à omissão inconstitucional, conferindo ao Poder Judiciário o poder, excepcional, de suprir a ausência da normatividade reclamada por dispositivo constitucional de eficácia limitada, franqueando ao impetrante (efeitos *inter partes*) a fruição, de imediato, de direito fundamental (decisão constitutivo-condenatória). O Supremo Tribunal Federal, entretanto, se, de um lado, alargou o seu cabimento para viabilizar o gozo de todo e qualquer direito constitucional, de outro, reduziu sobremaneira o interesse prático do instituto, por praticamente equipará-lo, em sua jurisprudência, apenas recentemente superada, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dela se diferenciando, apenas, por ensejar controle difuso e de espectro mais restrito quanto ao objeto.

Na ânsia de dotar o sistema de controle brasileiro de maior eficácia, atenuando disfunções hoje claramente perceptíveis, editou-se a Lei n. 9.882/99, veiculadora da aguardada disciplina da arguição de descumprimento de preceito fundamental, instituída pela lacônica disposição do § 1º, do art. 102, da Constituição Federal. Ao contrário do que se esperava, delineou-se a arguição como um processo objetivo, iniciado pelos mesmos órgãos ou entidades legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Ademais, a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em ADPF e a sua configuração como um instrumento de uso subsidiário levaram o legislador e boa parte da doutrina a nela vislumbrarem um meio de suprir deficiências de nosso sistema de fiscalização. Assim, teria ela viabilizado: o controle abstrato do direito municipal em face da Constituição Federal, bem como do direito revogado; a declaração, *in abstracto*, da constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais; a vinculação

do próprio legislador às diretrizes emanadas de decisão de acolhimento de arguição, compelindo-o a superar estado de omissão inconstitucional, sem falar na utilização do novel instrumento como um sucedâneo do incidente de inconstitucionalidade europeu, autorizando o Supremo a proferir decisão com eficácia *erga omnes* na via incidental de controle. Essas perspectivas de aplicação da ADPF, contudo, chocam-se frontalmente com a Constituição em vigor, tendo o legislador ordinário, por outro lado, deixado de em veredar por caminhos que se revelavam mais promissores para o novel instituto.

O sistema de controle de matriz estadunidense revela-se adequado ao resguardo de Constituições de perfil liberal-democrático, colhendo situações em que a legislação infraconstitucional viola a Lei Maior com repercussões nas relações intersubjetivas, cominando a tal inconstitucionalidade a drástica sanção de nulidade. Não causa transtornos de monta às instituições liberais quer a falta de uniformidade das decisões de controle, quer o desfazimento das situações constituídas no abrigo (aparente) da legislação contraventora. Já o sistema de controle de matriz europeia se ajusta com perfeição ao Estado social de Direito, cujas finalidades demandam uma abrangência maior dos mecanismos de controle, o que é obtido pela combinação das técnicas de fiscalização principal e incidental. Ademais, a concentração da competência decisória e a produção de coisa julgada *erga omnes* pelas decisões de acolhimento das arguições imprimem ao trabalho da jurisdição constitucional a uniformidade requerida pelo princípio da isonomia. E, por fim, a modulação dos efeitos temporais das decisões de controle, ou, no limite, a dissociação entre a constatação do vício de inconstitucionalidade e a invalidação do ato viciado, permite lidar com fenômenos característicos de um Estado social-democrático, como é o caso da inconstitucionalização progressiva ou da omissão parcial relativa, resguardando melhor as situações construídas no abrigo da legislação impugnada, o que se afigura vital sob uma ordem jurídica em contínua transformação.

A Constituição brasileira de 1988, em termos de sistema político, optou, claramente, pela democracia social de cunho participativo, como se percebe pela compreensão do ato legislativo como instrumento de governo, pela atenuação dos rigores da separação de Poderes clássica, pela abrangência do catálogo de direitos fundamentais do homem, pelo papel ativo do Estado na ordem econômica e social e, finalmente, pelo incentivo à participação política, mediante a consagração de instrumentos diversificados de acesso, direito e indireto, da cidadania ao poder. Bem por isso, pode-se apontar no sistema de controle de constitucionalidade de leis e omissões legislativas



em vigor entre nós uma das dificuldades que tem enfrentado a implantação do plano projetado pelo Constituinte. Afinal, a nossa fiscalização constitui uma variante do sistema estadunidense e não um sistema misto, situado entre aquele e o europeu, como vez ou outra se pretende, bastando lembrar alguns de seus traços mais marcantes, como a difusão e a atuação da sanção de nulidade. As tentativas de lidar com os efeitos deletérios da falta de uniformidade das decisões de controle não se mostraram, até aqui, satisfatórias, tanto que se renovam a todo momento, porquanto a causa dessa variação jurisprudencial está na forte presença em nosso sistema do controle difuso-incidental, com efeitos restritos às partes. De outro lado, a ausência de mecanismos válidos de modulação dos efeitos temporais das decisões de controle acarretam problemas variados, tais como: a dificuldade de resguardar os efeitos impróprios (em concreto) da legislação censurada, em homenagem à segurança jurídica; a inviabilidade de conferir um tratamento dinâmico ao vício de inconstitucionalidade ou de obstar a aplicação extemporânea de legislação que se tinha por revogada; ou a eliminação de interessante alternativa de enfrentamento da omissão parcial relativa, com a anulação das normas discriminatórias *pro futuro*, permitindo ao legislador sanar o equívoco cometido. Nesse contexto, a súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, não constitui uma solução adequada para as disfunções detectadas em nosso sistema de controle. Cuida-se de atividade, predominantemente, de criação do direito, consistindo na edição de ato normativo, de observância obrigatória pelos demais tribunais e pela Administração em geral, situado em nível hierárquico secundário, de modo assemelhado aos regulamentos de execução. Não constitui solução cabal para o problema da falta de uniformidade das decisões de controle, e o pequeno ganho que propicia a esse respeito se anula diante dos efeitos colaterais negativos que produz, como, por exemplo, a imposição da validade de lei ou ato normativo federal em termos mais amplos do que aqueles que resultam das decisões de procedência de ação declaratória de constitucionalidade ou o congelamento da interpretação de dispositivo da própria Constituição, a que terá de se vincular a própria Corte. Mesmo a redução do número de feitos perante o Supremo não deverá eliminar o atual congestionamento, provocado, sobretudo, pela amplitude do efeito devolutivo conferido ao recurso extraordinário.

Se a implantação do projeto social-democrático que o Constituinte consagrou está a exigir a conformação de nosso sistema de controle ao padrão europeu, pode-se afirmar que a evolução rumo a esse modelo de fiscalização não é apenas uma tendência, mas uma proposta a ser defendida,

na medida em que se registra autêntico consenso em relação às linhas gerais do sistema político plasmado pela Carta de 1988. Com essa reforma, o controle de constitucionalidade brasileiro passaria a ser concentrado, cabendo ao Supremo a exclusividade da fiscalização em face da Constituição Federal, ressaltando o direito municipal. Quanto aos métodos de controle, o sistema permaneceria misto, porém a via incidental seria completamente reformulada, de modo a comportar um incidente de inconstitucionalidade similar ao dos sistemas de matriz europeia. Todas as decisões de acolhimento teriam eficácia *erga omnes*, quer na via incidental, quer na via principal, e passaria o sistema a operar sanção de anulabilidade, o que autorizaria a calibragem dos efeitos temporais das decisões que reputassem procedentes as arguições, corrigindo-se muitas das disfunções apontadas. Advoga-se a criação de Cortes Constitucionais estaduais para exercer, também com exclusividade, a competência de controle, tendo por paradigma a Constituição do respectivo Estado. A essas Cortes propomos que seja deferida a competência para realizar a verificação da constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal, com a possibilidade de interposição de recurso extraordinário ao Supremo, nos casos de relevante repercussão institucional. De fundamental importância se reveste a disciplina do incidente de inconstitucionalidade na reconfiguração do sistema de fiscalização brasileiro, permitindo a participação indireta da magistratura de base na atividade de controle, por meio da filtragem das questões constitucionais a serem submetidas à decisão do STF. Sob o prisma processual, deve-se estruturar o incidente com acentuada autonomia em relação ao processo do qual se origina, admitindo-se um contraditório limitado, tanto na sua instauração, perante o juízo ou tribunal *a quo*, quanto no seu desenvolver perante a instância decisória (Corte Constitucional). O recurso extraordinário não seria eliminado do ordenamento jurídico brasileiro, mas profundamente reformulado, contemplando, além da hipótese de interposição já mencionada, outra que permitiria ao Supremo Tribunal Federal reformar ou cassar decisões judiciais ofensivas a normas constitucionais agasalhadoras de direitos e garantias fundamentais, com o que se poderia, com vantagem, eliminar o instituto da arguição de desconhecimento de preceito fundamental. A jurisdição constitucional concentrada permitiria, outrossim, a eliminação da ação declaratória de constitucionalidade, que encontra similar apenas no direito germânico, não se revelando compatível com a finalidade de toda e qualquer fiscalização, que reside na defesa da Constituição, do que decorre o total desinteresse em preservar decisões que tenham, em determinado momento, deixado de vislumbrar

vício de inconstitucionalidade em ato normativo subalterno. A denominação "ação direta interventiva", na verdade, enseja controle político de constitucionalidade, de caráter repressivo, ainda que pautado por critério jurídico, constituindo mero pressuposto formal do ato de intervenção, da competência do Presidente da República ou do Governador do Estado. Diante da existência do controle abstrato de normas, que se lhe sobrepôs, preconizamos que, mediante interpretação adequada, passe a intervenção, federal ou estadual, decorrente da ofensa a princípios constitucionais sensíveis, a se ocupar apenas de atos (ou omissões) de natureza concreta. A despeito dos modestíssimos resultados práticos apresentados pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não nos parece que seja o caso de suprimi-la de nosso sistema de controle, quer pela dimensão política que ostenta, quer pela possibilidade de associar, no futuro, novos efeitos às decisões de procedência nessa modalidade de controle abstrato. De igual modo, defendemos a manutenção do mandado de injunção, porém articulando-se nova disciplina constitucional, de modo a tornar claro o seu objeto, bem como os efeitos das decisões concessivas, que devem importar na outorga de suprimento normativo, em concreto, que permita a fruição do direito constitucional do impetrante, porém com eficácia *erga omnes*, beneficiando, pois, terceiros em idêntica situação diante do impetrado. Nova hipótese de cabimento autorizaria a concessão de injunção nas situações de omissão parcial relativa, competindo, em ambos os casos, à jurisdição ordinária a execução do julgado.

A convocação do sistema de controle brasileiro em um sistema de características europeias implicará a intensificação do fenômeno da politização da Justiça e de sua contraparte, a judicialização da política. Em primeiro lugar, pelo fato de que a fiscalização de constitucionalidade exercida pelo Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja o método, apresentará total autonomia em relação à função jurisdicional ordinária, consubstanciando, à luz das modernas concepções da separação dos Poderes, o exercício de função estatal típica, que pode ser alcunhada de atividade de controle jurídico, a denotar o impacto da jurisdição constitucional em relação à implementação das políticas públicas. Em segundo lugar, porque a criatidade inerente a todo e qualquer processo interpretativo acentua-se no campo da interpretação de normas constitucionais, de um lado, pela reduzida densidade significativa de suas expressões textuais e, de outro, pela presença constante de normas-princípio, muitas delas de incidência simultânea, a exigir harmonização por meio de aproximações sucessivas. Ora, se a jurisdição constitucional, em geral, tende para o ativismo interpretativo, como

bem mostra o intenso debate doutrinário travado nos Estados Unidos, mais ainda a jurisdição constitucional concentrada, estruturada com vistas à construção da ordem social-democrática, o que exige uma visão prospectiva e criativa do ato de interpretar, contando, ademais, com instrumentos que amplifiquem a eficácia de suas decisões. A intensificação da politização do debate constitucional, sob o signo da reforma ora preconizada, não esmaece o caráter eminentemente jurídico da fiscalização de constitucionalidade, limitada, internamente, por um texto-base e confrontada, externamente, com a reação do legislador ordinário e com a arbitragem do Poder Constituinte de revisão, sendo necessário que haja um diálogo permanente entre a instância política e a instância jurisdicional. A legitimidade da jurisdição constitucional decorre da consolidação de um modelo de Estado de Direito centrado em Constituição dotada de supremacia hierárquica, mas pode e deve ser robustecida por meio do próprio processo de controle, que deve incorporar os pontos de vista mais representativos do dissenso interpretativo, além de assegurar a racionalidade das decisões da Corte e o convencimento dos jurisdicionados, mediante a motivação dos julgados e de sua ampla divulgação. Finalmente, sustentamos que, em nível federal, o Supremo Tribunal pode desempenhar adequadamente o papel de Corte Constitucional em sentido estrito, desde que sejam redimensionadas as suas competências e composição. Quanto a esse último aspecto, sugere-se a elevação do número de Ministros, que passariam a 15 (quinze), a adoção de um critério plural de indicações, mantendo-se a aprovação pelo Senado Federal, e a instituição da nomeação a termo, cuidando-se de obter, ao longo do tempo, a renovação de um terço dos integrantes da Corte a cada período de 5 (cinco) anos.

## 56 O porvir do Direito Constitucional brasileiro

O Direito Constitucional brasileiro, enquanto Ciência Jurídica de perfil dogmático, já conta com uma longa história, cujo marco inicial pode ser apontado na obra precursora de José Antonio Pimenta Bueno, o Marques de São Vicente, *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*<sup>1277</sup>.

<sup>1277</sup> Cf. Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 40. O autor faz ampla resenha das obras gerais de Direito Constitucional brasileiro, das de comentários às nossas diversas Constituições, bem como daquelas dedicadas a temas específicos de natureza constitucional (ob. cit., p. 40-62).

Se a Constituição é peça essencial ao Estado de Direito e ao sistema político democrático, os estudos sistemáticos que a tomam por objeto parecem com as vicissitudes da democracia e florescem na medida em que esta se consolida. Nesse sentido, vivem os constitucionalistas brasileiros em uma quadra privilegiada. Talvez apenas no interregno entre o início de vigência da Constituição de 1946 e a quebra da ordem jurídica nela fundada, em março de 1964, tenha a nossa terra democrática conhecido período tão favorável, com a diferença de que a ordem constitucional centrada na Carta de 1988 atinge a duração daquela primavera democrática em condições de estabilidade político-institucional muito superiores.

O triunfo da ideologia democrática no Brasil é o triunfo da civilização e de seus valores mais caros, entre eles o do respeito à racionalidade jurídica. Não por outro motivo se assiste, nos últimos anos, a uma efervescência doutrinária no campo do Direito Constitucional, sem precedentes na história das instituições brasileiras, fenômeno que parece ganhar crescente intensidade, na medida em que a Carta de 1988, em que pesem os muitos defeitos que possui e as inúmeras revisões a que já se submeteu, vai-se protrahindo no tempo e fincando as bases de nosso sistema político. Mas o Direito Constitucional não é apenas um subproduto da democracia, porquanto o amadurecimento dos estudos constitucionais figura entre as condições favoráveis à consolidação do sistema democrático.

E não há dúvida de que a temática central a ser trabalhada, nesses tempos em que estão sendo assentados os alicerces de nossa estrutura institucional, é mesmo a do controle de constitucionalidade, em seus múltiplos aspectos, já que a funcionalidade de um adequado sistema de fiscalização é vital para a supremacia da Constituição. Daí a importância de se completar o ciclo evolutivo de nosso sistema de controle, amoldando-o, definitivamente, ao sistema de jurisdição constitucional concentrada, com o que o projeto social-democrático delineado na Carta Magna brasileira receberá valiosa contribuição institucional para sua implementação. Mas a reconfiguração do sistema de controle da constitucionalidade das leis e omissões legislativas, além de ser essencial para que Constituição de 1988 veja redobrada a sua força normativa, certamente produzirá em nosso país o mesmo efeito benéfico, no plano da elaboração doutrinária, que provocou no continente europeu, reforçando, significativamente, a autonomia científica do Direito Constitucional (na esteira da autonomia dos procedimentos de fiscalização) e a sua posição de viga-mestra dos estudos jurídicos nacionais (como reflexo da maior eficácia da normatividade constitucional). Completa-se, assim, o círculo virtuoso: o esforço doutrinário no aprimora-

mento do sistema de controle ajuda a consolidar a democracia, e tanto uma coisa quanto a outra repercutem favoravelmente ao desenvolvimento da Dogmática Constitucional e assim por diante.

Porém, muitos outros temas de grande impacto institucional estão a desafiar os constitucionalistas brasileiros. Apenas a título de esboço de um breve catálogo, podemos iniciar mencionando a premência no aprofundamento dos estudos concernentes aos direitos e garantias fundamentais, principalmente na perspectiva de sua projeção sobre os demais segmentos normativos do ordenamento jurídico brasileiro. As instituições por meio das quais se manifesta a participação política, especialmente o sistema eleitoral e partidário, ainda estão longe de harmonizar o pluralismo ideológico, com a governabilidade. Não há estudos recentes acerca do sistema de governo, especialmente sob a ótica da eficiência da função de governo, sobre a qual, aliás, também pouco se refletiu em nosso meio. Enquanto desdobramento dessa linha de análise, há que retomar a pesquisa sobre o processo legislativo, na busca de uma disciplina adequada à sua condição de instrumento de governo, o que, certamente, trará à tona a questão atinentemente ao papel do Senado na elaboração legislativa. Finalmente, há o pacto federativo, a ser reexaminado em suas diversas dimensões, da qual a fiscal é apenas a mais premente e que se conecta com a problemática da repartição de competências, que está a merecer um estudo sob a perspectiva da assimetria presente no regionalismo europeu.

Permitimo-nos concluir com o pensamento de Konrad Hesse, que bem poderia inspirar os que pretendem enveredar pelo complexo, trabalhoso e gratificante caminho da engenharia institucional:

"A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós."<sup>1278</sup>

<sup>1278</sup> A força normativa da Constituição, cit., p. 32.