

A concentração do Controle de Constitucionalidade no marco do Estado Democrático de Direito: uma análise crítica

Cláudia Paiva Carvalho¹

Sumário: I – A atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito. II – O Controle de Constitucionalidade no Brasil. III – Concentração do Controle de Constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. IV – Conclusões.

1 A atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito

A idéia de paradigma trabalha o desenvolvimento científico a partir de duas ocorrências: uma ruptura com o modelo anterior e uma simplificação para identificar-se os elementos centrais e próprios de um paradigma. A noção de paradigma remete, portanto, às concepções de mundo e perspectivas prevalentes em uma sociedade, contexto e período histórico.²

No campo do Direito, fala-se essencialmente em três paradigmas jurídicos existentes na Modernidade³, quais sejam, o paradigma do Estado Liberal, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito. A passagem de um paradigma para outro se dá por meio de um processo de superação e subsunção, no qual gradualmente substituem-se as visões dominantes acerca da relação entre Estado, Direito e sociedade. No que concerne o objeto

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

² CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004. p. 29.

³ Interessante notar que, em termos gerais, fala-se na existência de dois grandes paradigmas: o paradigma pré-moderno e o da Modernidade. O primeiro – pré-moderno – caracteriza-se, segundo Menelick, por um “amalgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam”. (CARVALHO NETTO, Menelick de. *Op. cit.* p. 33)

tratado neste trabalho, interessa analisar do ponto de vista de cada paradigma qual o campo reservado e o papel atribuído à atividade jurisdicional. Mais especificamente, deve-se focar no exercício da jurisdição constitucional no Brasil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito⁴.

O modelo do Estado Liberal sustenta-se em dois pilares fundamentais: a redução do Estado à legalidade e a consagração do princípio da separação dos poderes. Se, por um lado, os poderes Legislativo e Executivo são os representantes da vontade geral, atuando em prol do interesse da “melhor sociedade”,⁵ definida pelo critério censitário, ao Judiciário era dado tão-somente ser a “boca da lei”.

Consequentemente, no âmbito do Estado de Direito, os magistrados se encontram atrelados à lei, e a idéia de interpretação restringe-se a uma atividade mecânica destinada a revelar a vontade do legislador racionalmente inserida no texto legal.⁶ Vigorava o brocado de que, sendo clara a lei, não haveria espaço para sua interpretação.

Foi assim que “o reducionismo do Direito à dogmática da legalidade, promovido pelo positivismo jurídico em suas mais diferentes manifestações procurou desenvolver, ao máximo, a noção de neutralidade e objetividade”.⁷ Neste contexto, a jurisdição limitava-se à condição de ato cognitivo, no qual, por meio de um raciocínio silogístico, o intérprete empregaria a técnica de subsunção dos fatos à norma. O juiz não integrava

⁴ Vide BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, jan-março/2007. p. 131: “A reconstitucionalização da Europa (...) redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política que atende por nomes diversos: Estado democrático de Direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático”.

⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Op. cit.* p. 30.

⁶ Essa restrição ao papel reservado aos juízes se deve, em grande medida, à desconfiança dos revolucionários por associarem o judiciário como defensor dos abusos da monarquia absolutista, bem como à interpretação restritiva dada pelos franceses ao princípio da separação dos poderes. Vide OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 24.

⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 135.

sobremaneira o processo de criação do Direito e não lhe cabia emitir juízos de valor.

No âmbito da jurisdição constitucional, predominava o entendimento de que as Cortes Constitucionais deveriam respeitar as decisões políticas do Parlamento e impor a si próprias uma autolimitação que vedaria a ingerência em espaços que não lhes eram reservados. Preconizava-se que a atuação da jurisdição constitucional não deveria alcançar os “espaços vazios”, abstendo-se de apreciar, por exemplo, questões políticas e atos *interna corporis*.

Passando para o marco do Estado Social, verificou-se uma alteração profunda em virtude da tarefa conferida ao Executivo de imiscuir-se nos domínios social e econômico, a fim de promover desenvolvimento, crescimento econômico e bem-estar social. A emergência deste paradigma se deu em meio à consolidação dos chamados direitos de segunda geração – direitos sociais e econômicos, firmando um novo entendimento acerca da função judicial.

A visão republicana apregoava a existência de valores homogêneos na sociedade, os quais deveriam ser assegurados pelo exercício da atividade jurisdicional, que passa a assumir uma postura ativista. Assim:

“(...) a jurisdição constitucional (...) assumiu o papel de um legislador concorrente, ou ao menos subsidiário, na sua forma negativa ou positiva, no sentido da realização de uma suposta ‘ordem concreta de valores’, subjacente à ordem constitucional, que desenvolveria as concepções axiológicas tidas como majoritárias, para não dizer hegemônicas, da sociedade.”⁸

Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, o Direito passa a ser tomado como um conjunto de regras e princípios, sendo estes igualmente dotados de caráter deontológico. Sob este *prima*, torna-se inaceitável a idéia de uma atividade jurisdicional que baseie suas decisões em

⁸ CATTONI, Marcelo Andrade. Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.p. 363.

argumentos de política e questões axiológico-teleológicas.⁹ O Judiciário passa a desempenhar o papel de garantir o sistema democrático e os direitos fundamentais, inserto em uma sociedade participativa, pluralista e aberta. Tal função não se coaduna com uma atividade automática de aplicação da lei, mas impõe uma interpretação criativa que abrange tanto os textos jurídico-normativos, como os elementos fáticos.

A inter-ligação entre os elementos “democrático” e o “de direito” torna-se possível a partir de uma ótica procedimentalista que prevê a participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisão e de criação do direito. Assim, na análise de Habermas, o direito vigente não retira sua legitimidade do seu conteúdo, mas do procedimento democrático e discursivo em sua criação. Entre a autonomia privada – os direitos e liberdades individuais – e a autonomia pública – participação política e soberania popular – se estabelece uma relação de complementariedade e co-originalidade. Ao integrarem os procedimentos de criação democrática do Direito, os cidadãos se enxergam não só como destinatários, mas também co-autores das normas jurídicas a que se vinculam. Na esfera jurisdicional:

O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender porque, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações.¹⁰

Via de consequência, uma atividade interpretativa fechada, restrita aos órgãos do judiciário e fundada em argumentos políticos não pode se sustentar em um Estado que se pretende Democrático de Direito. Ao

⁹ Neste sentido, *vide* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um Ensaio de Teoria da Interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação*. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004. p. 68

¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992. p. 195. In CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 320.

contrário, deve-se viabilizar um espaço público de discussão o qual integre a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, de modo que o cidadão sinta-se como co-responsável pelo provimento judicial que o submete e a atividade interpretativa se coadune com uma sociedade democrática e pluralista. Neste sentido:

De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente.¹¹

Não há que se falar, outrossim, em um exercício puramente discricionário de aplicação do Direito, voltado à proteção a uma ordem concreta de valores¹². Rejeita-se a idéia de valores como comandos otimizáveis que se apresentam sob a forma de um código gradual, aplicados pelo método da ponderação. Ao invés de colocados em uma ordem hierárquica, os bens jurídicos dignos de tutela constitucional detêm o mesmo “peso” e a eles deve ser garantido o maior grau de efetividade possível. O método da ponderação remete a uma questão de preferência que, a depender da subjetividade do juiz, abrirá espaço para transformar a aplicação do Direito em puro arbítrio ou decisionismo judicial.

Em um Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional é vinculada porque suas decisões devem promover, a um só tempo, certeza jurídica e justiça. O juiz deve decidir de forma coerente com o direito vigente, atendendo ao critério da legalidade, e de modo a efetivar o anseio de justiça, adotando a solução adequada ao caso concreto. A exigência de fundamentação das decisões busca torná-las aceitáveis racionalmente.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mot’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. p. 19. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24.04.2009..

¹² A chamada “jurisprudência dos valores” preconiza que os órgãos julgadores devem defender valores homogêneos presentes na sociedade e consagrados na Constituição. Alexy foi um dos precursores dessa corrente, prevendo a utilização dos princípios enquanto comandos otimizáveis que comportam uma aplicação gradual através do método da ponderação.

O fato de haver diversas normas e interpretações válidas não implica sejam todas elas adequadas. Conforme preceituado por Dworkin, a tarefa de aplicação do Direito deve considerar cada caso como único e irrepitível e buscar a única decisão justa através do recurso a argumentos de princípio e com respeito à integridade do Direito.¹³ Não se pode conceber uma prestação jurisdicional efetiva senão através do juízo de adequabilidade que torna legítima e racionalmente fundada a decisão judicial.

A atividade jurisdicional (...) é caracterizada pelos discursos de aplicação, marcados pela concretude, historicidade e irrepitibilidade. Dessa forma, cada caso é único, irrepitível porque histórico, exigindo do juiz um juízo de adequação no sentido de se apurar qual norma é adequada para o caso. E, para isso, é de curial importância que todos os afetados pela decisão possam se pronunciar, dando suas razões e contra-razões, num processo de construção compartilhada da decisão jurídica.¹⁴

Outro aspecto essencial ao paradigma do Estado Democrático de Direito é que as normas constitucionais devem ser dotadas de efetividade, reconhecendo-se a força normativa da Constituição. Para além, tem-se a compreensão de que todo o direito é objeto de uma interpretação constitucional, no sentido de que “toda a ordem jurídica [seja] lida e apreendida sob a lente da Constituição”¹⁵. A realização dessa *filtragem constitucional* é atribuída, em grande medida, à Jurisdição Constitucional.

O paradigma do Estado Democrático de Direito busca neutralizar o déficit de legitimidade democrática no exercício da jurisdição constitucional. Tal déficit decorre do fato de se atribuir a um órgão formado por membros não eleitos a incumbência de fiscalizar atos praticados pelos representantes do povo nos poderes Legislativo e Executivo.¹⁶ Remonta, assim, ao desafio de

¹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992. p. 195. In CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 320.

¹⁴ OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 38.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, jan-março/2007. p. 151.

¹⁶ Por muito tempo questionou-se qual seria o fundamento de legitimidade do juiz constitucional ao declarar nula uma lei que, emanando de regular processo legislativo, expressaria a vontade geral.

conciliação entre o constitucionalismo e a democracia. A partir da consagração da supremacia da Constituição, contudo, passa-se a entender que a legitimidade da jurisdição constitucional decorre do próprio texto constitucional, como expressão da vontade soberana do povo.

Enquanto poderes constituídos, o Executivo e o Legislativo não poderiam violar os direitos fundamentais consagrados na Constituição e fruto de uma conquista democrática da sociedade. Desta forma, cabe à jurisdição constitucional garantir a observância das normas constitucionais, fiscalizando os atos do Poder Público. Além de contribuir com o sistema de freios e contrapesos no bojo do princípio da separação dos poderes, este exercício pela jurisdição constitucional se justifica na soberania do Poder Constituinte Originário.¹⁷

A jurisdição em matéria constitucional vincula-se, pois, à guarda da Constituição, razão pela qual não comporta posturas decisionistas ou utilitaristas, tampouco o recurso a fundamentos políticos de conveniência ou oportunidade. Por fim, o juiz constitucional se incumbe não só da proteção dos direitos fundamentais, mas funcionará também como um poder contra-majoritário na defesa dos direitos das minorias contra abusos perpetrados pela “vontade da maioria”, que muitas vezes nada tem de democrática.

2 O controle de constitucionalidade no Brasil

A gênese do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no Brasil remonta ao momento posterior à Proclamação da República, em que o Poder Judiciário federal foi organizado pelo governo provisório pelo Decreto n. 848 de 1890. A Constituição de 1891 consolidou a criação do Supremo Tribunal Federal e consagrou o sistema difuso de controle

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 888.

de constitucionalidade inspirado no modelo norte-americano do *judicial review*¹⁸¹⁹.

Rui Barbosa foi, certamente, um dos mentores e defensores da implantação do modelo difuso na ordem constitucional brasileira, reconhecendo expressamente autoridade “a todos os tribunais federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério”.²⁰

Muito se discutiu sobre a adequação do sistema difuso em um país como o Brasil, ligado à tradição romano-germânica. Na esteira da corrente comunitarista, argumenta-se que, dada a ausência do princípio do precedente vinculativo (*stare decisis*), a tomada de decisões contraditórias entre os órgãos judiciários resultaria em grave prejuízo à certeza e segurança jurídica. Por outro lado, a falta de uniformidade na aplicação do Direito instigaria a proliferação de causas repetitivas, emperrando a máquina judiciária, causando lentidão processual e descrédito do Poder Judiciário.²¹

A Constituição de 1934 lançou as bases para o sistema misto de controle no Brasil que conjuga o modelo difuso e o concentrado, ao inserir a representação interventiva. Este mecanismo tinha por escopo autorizar o Supremo Tribunal a analisar a constitucionalidade de lei que estabelecesse a intervenção coercitiva da União nos Estados, sob alegação de ofensa aos “princípios sensíveis”²².

Ao mesmo tempo, a Constituição de 1934 também atribuiu ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte,

¹⁸ O *judicial review* foi consagrado no Direito norte-americano a partir do caso *Marbury vs. Madison* em 1803, no qual restou reconhecida a densidade normativa da Constituição e a autoridade do Judiciário de declarar a desconformidade de leis e atos normativos com a Constituição. Tal o nascedouro do modelo de Suprema Corte, norte-americano ou difuso de controle descentralizado e incidental, em contraposição ao modelo de Tribunal Constitucional, austríaco ou concentrado de controle principal e abstrato.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2 ed. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: 1992. p. 47.

²⁰ BARBOSA, Rui. “As nulidades e a justiça federal. I. Atos do Poder Legislativo”. In: BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Atualização: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003. p. 52-53.

²¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 322.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 64.

de lei ou ato normativo declarado inconstitucional em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal – norma esta que permanece presente em nosso texto constitucional (art. 52, X da CR/88). No exercício dessa atribuição, o Senado não se vincula à decisão tomada pelo Supremo, mas uma vez que opta pela suspensão, deve fazê-lo nos termos do entendimento exteriorizado pela Corte a fim de preservar a autoridade de suas decisões.

É importante gizar que, ao se conferir esta competência ao Senado, visava-se justamente suprir uma deficiência imanente ao nosso sistema difuso comparativamente ao modelo norte-americano decorrente da ausência, aqui, da doutrina *stare decisis*²³. Ou seja, como em nossa ordem jurídica os precedentes judiciais não têm força obrigatória, a adoção de uma medida alternativa mostrou-se conveniente para evitar a proliferação de julgados contraditórios e inconsistentes entre si.

É inegável que este papel do Senado traz legitimidade democrática à suspensão da eficácia de lei declarada inconstitucional porquanto possibilita a participação popular no processo de atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes* à decisão pela via difusa. Por isso é que, conforme será visto, a tendência de abstrativização do sistema difuso retira “do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo”²⁴, violando os princípios democrático e do devido processo legal.

Retomando as considerações históricas, sob a vigência da Constituição de 1937, de caráter autoritário e centralizador, verificou-se uma ruptura com a tradição em controle de constitucionalidade até então firmada. Isso porque a idéia de fiscalização judicial restou esvaziada em face da concentração de poderes no âmbito do Executivo.

²³ O doutrina do *stare decisis* é própria da tradição *common law* ou anglo-saxônica em que a regulação por escrito (*statutes*) tem menor expressividade e o Direito é, em grande medida, construído jurisprudencialmente, a partir dos julgados dos Tribunais. Os precedentes judiciais adquirem, portanto, força obrigatória e vinculante, passando a servir de fundamento às decisões posteriores.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mot'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. p. 06. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24.04.2009.

Com o advento da Constituição de 1946, foram restauradas as bases do controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. A representação interventiva passou a admitir que o Supremo aferisse a compatibilidade do direito estadual diretamente com os chamados “princípios sensíveis”.²⁵ De iniciativa privativa do Procurador Geral da República, a representação passou a apresentar contornos próximos ao modelo abstrato.

Argumenta-se que a representação de inconstitucionalidade teria um conteúdo dúplice ou caráter ambivalente porque o Procurador Geral poderia tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da norma como defender sua constitucionalidade.²⁶ Ou seja, ainda que ficasse o mesmo obrigado a encaminhar a controvérsia constitucional ao Supremo Tribunal, não estaria ele vinculado a encampar a tese de inconstitucionalidade. Percebe-se, destarte, que do julgamento da representação interventiva podia resultar tanto uma declaração de inconstitucionalidade como um pronunciamento definitivo da constitucionalidade da norma, caso houvesse dúvidas ou controvérsias a este respeito.

Mas foi por meio da Emenda Constitucional n. 16/65 que se criou, de fato, ao lado da representação interventiva “um sistema de controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, destinado à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais”²⁷. Passou a vigorar, portanto, o sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil. Vale gizar que a representação interventiva, conquanto assemelhada ao controle abstrato, com ele não se confundia:

Enquanto a representação interventiva pressupõe um conflito entre o Estado e a União, atuando o Procurador-Geral da República como representante judicial da União, tinha-se no controle abstrato de normas, um *processo objetivo*, destinado à defesa da Constituição.²⁸

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 64.

²⁶ *Idem*. p. 91.

²⁷ *Idem*. p. 68.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 70.

Impende observar que, pelo sistema misto de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal passou a figurar não só como o órgão de cúpula do Judiciário e, portanto, última instância recursal no controle difuso-incidental, mas também como Corte Constitucional incumbida da análise da constitucionalidade de lei em tese, isto é, em controle abstrato e concentrado, provocado pela via principal.

Registre-se, ainda, que, muito embora nesta época já vigorasse o sistema misto, pouca expressão tinha o sistema abstrato. Isso se deve em grande medida ao fato de que o Procurador Geral da República detinha legitimidade exclusiva para provocar a jurisdição constitucional concentrada. Em face dessa restrição, o recurso à via difusa manteve-se por um bom tempo preponderante.

Este quadro sofreu uma mudança radical com o advento da Constituição da República de 1988, que fortaleceu o modelo concentrado ao prever uma ampliação significativa do rol de legitimados ativos para propor ação direta de inconstitucionalidade (ADIn). Ao lado desta, foi criada a ADIn por omissão e houve um incremento da competência do Supremo Tribunal na defesa e efetivação dos direitos fundamentais, como por meio do julgamento de mandado de injunção.

Pouco mais tarde, com a EC n. 03/1993, foram concebidas a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A primeira sofreu severas críticas por parte da doutrina, ao argumento de que sua previsão contrariava a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e atos normativos regularmente editados.

Enfim, a EC n. 45/2004, que dispôs sobre a reforma do Judiciário, igualou os legitimados para propor ADIn e ADC. Em 1999, tais ações diretas foram regulamentadas pela Lei 9.868/99, cuidando de seu processamento e julgamento, e a ADPF foi disciplinada pela Lei 9.882/99. Estes instrumentos normativos conferiram uma nova dimensão ao controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

É notável o fortalecimento do controle abstrato na ordem constitucional instaurada a partir da CR/88, essencialmente percebido pela ampla legitimação para ajuizamento das ações diretas e pela outorga do direito de propositura a diversos órgãos da sociedade. Na visão do Min. Gilmar Mendes, “pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente”.²⁹ Resta indagar até que ponto essa pretensão do constituinte visava a quase anular o sistema difuso pela sua concentração.

3 Concentração do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito

Consoante ressaltado no tópico anterior, ganhou força o controle abstrato no Brasil a partir da Constituição de 1988, envolvendo a criação de novos instrumentos normativo-processuais e a ampla legitimação para manejá-los. No entanto, como se não bastasse, o próprio controle pela via incidental e difusa passou a ser concentrado ou abstrativizado. Há quem fale, inclusive, sobre a objetivação do processo constitucional, o que nos leva a fazer um parêntese para tecer algumas breves considerações acerca da suposta natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade.

Ocorre que, a partir da EC 16/65 e sob a égide da Constituição de 1967, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trabalhou a natureza jurídico-processual do controle abstrato, terminando por identificar-lhe uma natureza objetiva. A análise da compatibilidade da lei em tese com a Constituição não estaria centrada, como no controle incidental, em um dado conflito inter-pessoal ou na defesa de um direito subjetivo.

Ao se falar em natureza objetiva, quer-se dizer que o controle abstrato consiste num processo não-contraditório e não comunicativo. No

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 87.

entanto, há nessa afirmação uma contradição inafastável com preceitos e institutos basilares de um Estado Democrático de Direito. A partir do momento em que se retira do processo seu caráter discursivo, fere-se o fundamento de um processo jurisdicional democrático.

Na perspectiva da nova hermenêutica constitucional, o certo é que “até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais”.³⁰ A comunicação entre norma e fato é inerente à própria interpretação constitucional, razão pela qual se afigura inaceitável limitar-se a controvérsia constitucional a uma “questão de direito”.³¹ Sendo imprópria a atribuição de uma natureza objetiva ao controle concentrado, com maior força deve-se rejeitar o discurso de objetivação do controle difuso que, em sua essência, impõe a “necessidade de uma investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”.

Fechado o parênteses, passa-se à análise da compatibilidade da concentração do processo constitucional com a tradição em controle de constitucionalidade no Brasil e com a ordem constitucional instituída a partir de 1988, com a consagração do paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, em um primeiro momento, cabe reiterar as diferenças entre os dois tipos de controle – difuso e concentrado (a), para então verificar como vem sendo levada a cabo a concentração do controle de constitucionalidade (b) e, por fim, apontar as ofensas ao modelo de Estado Democrático de Direito (c).

(a) Controle concentrado vs. Controle difuso

O sistema misto de controle de constitucionalidade conjuga a possibilidade de controle difuso-incidental-concreto com o controle

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 248.

³¹ *Ibidem*. p. 87.

concentrado-principal-abstrato. No primeiro tipo³², por difuso quer-se dizer que qualquer órgão do Judiciário pode decidir sobre a constitucionalidade de lei/ato normativo, constituindo a Jurisdição Constitucional Ordinária. É chamado incidental porque a compatibilidade do ato com a Constituição surge como questão prejudicial, a ser decidida preliminarmente ao exame do mérito da demanda. Por fim, o controle é concreto porque pautado na verificação da ocorrência de “uma ameaça real ou uma efetiva violação a Direito subjetivo deduzível judicialmente”.³³

Por seu turno, o segundo tipo de controle é concentrado uma vez que cabe a um único órgão – integrante ou não do Judiciário – o exame da constitucionalidade. E porque este exame confunde-se com o próprio mérito da ação, diz-se que o controle é feito pela via principal. O caráter abstrato, por derradeiro, significa que será considerada a lei em tese em sua conformação com a Constituição.

Consequentemente, o objeto e a finalidade da arguição em cada via se distinguem:

Na via difusa, discute-se a eficácia ou não de um ato concreto ou a existência de um direito subjetivo pela não aplicação/incidência de uma norma diante da incidência direta do texto constitucional. Na via concentrada, discute-se a validade ou não de um ato normativo e sua eventual perda de eficácia (...), pela reconstrução de juízos de dúvida/controvérsia oriundos da jurisdição ordinária.³⁴

As diferenças entre esses dois modos de controle confere efeitos também distintos às decisões tomadas em cada via. No controle difuso, a decisão terá efeitos retrooperantes e apenas entre as partes envolvidas no caso concreto. Por outro lado, a decisão em sede de controle abstrato terá também efeitos *ex tunc* mas, no aspecto pessoal, passam a ser *erga omnes*. Ou

³² Sobre o modelo difuso e incidental, *vide* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 344: “O método difuso é assim nomeado por autorizar a qualquer órgão do Judiciário, monocrático ou colegiado, em qualquer grau de jurisdição, possa efetivamente exercer a chamada Jurisdição Constitucional Ordinária. Já o método incidental significa dizer que o controle não irá, na verdade, declarar a inconstitucionalidade da norma, e sim decretar a validade ou não de supostas ameaças ou violações a direitos subjetivos”

³³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 32.

³⁴ *Ibidem*. p. 323.

seja, a declaração de (in)constitucionalidade pela via principal será vinculativa, de observância obrigatória por todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

A atribuição de efeitos retroativos a decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade no Brasil não adota o modelo tradicional preconizado por Kelsen em que o Tribunal Constitucional, ao declarar inconstitucional uma lei ou ato normativo, estaria atuando como legislador negativo que retira a eficácia da norma em confronto com a Constituição.³⁵ A decisão do Tribunal Constitucional, na visão kelseniana, teria natureza constitutiva e, por isso, produziria efeitos apenas para o futuro.³⁶

Em contraposição, no Brasil, previu-se que a natureza da decisão tanto na via difusa quanto na concentrada seria declaratória e, portanto, teria eficácia retroativa. Isso porque a lei inconstitucional é considerada uma “contradição em termos”, isto é, é tida como nula, ínsita, inexistente na ordem jurídica e, por conseguinte, incapaz de produzir quaisquer efeitos.

Em um sistema misto, o Supremo Tribunal cumula as funções de órgão de cúpula do Judiciário e do exercício da jurisdição constitucional concentrada. Entretanto, na via difusa, seu pronuncionamento em sede de Recurso Extraordinário (RExt) “nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão”³⁷. Ou seja, o Tribunal deve se ater aos limites da situação contextualizada e analisar a afronta à Constituição no caso concreto. Assim, o modelo difuso tende a ser mais utilizado por poder ser provocado por qualquer cidadão. Neste sentido:

No direito brasileiro, o controle por via incidental deve ser compreendido como modo ordinário, assim como o controle por via

³⁵ Pode-se dizer que, enquanto a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional, nos moldes previstos por Kelsen, tem efeitos de revogação da norma constitucional, mantendo os efeitos produzidos até então, no caso da jurisdição constitucional brasileira não revoga, mas declara nula a norma inconstitucional que, por isso mesmo, deve ter desfeitos os efeitos que por ventura houver produzido até então.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2 ed. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: 1992. p. 115.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mot'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. p. 03. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24.04.2009.

principal deve ser compreendido como modo especial de controle jurisdicional de constitucionalidade, não somente por razões históricas, jurisprudencialmente assentadas, mas em função da sistemática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no quadro da Constituição da República. Tal compreensão seria a única que possibilitaria uma visão não excluyente ou não incompatível dos dois modos de controle.³⁸

Não obstante, tem-se verificado no Supremo uma orientação no sentido de abstrativizar o controle difuso, atribuindo efeitos vinculante e *erga omnes* às decisões. Este fenômeno de concentração do processo constitucional será abordado no próximo tópico, focando-se em algumas de suas manifestações, a saber, a alegada mutação constitucional do art. 52, X da CR/88, a autorização concedida ao Supremo pela Lei n. 9868/1999 de modular os efeitos da decisão em controle concentrado e o instituto da interpretação conforme a Constituição.

(b) Concentração do controle de constitucionalidade

O controle abstrato de normas foi inserido no modelo constitucional brasileiro com o intuito de exercer uma função “supletiva” do modelo difuso ou incidental, na medida em que possibilitaria a apreciação direta da constitucionalidade de leis, o que não acontecia no modo incidental, em sede de questão preliminar. Por outro lado, o sistema abstrato e concentrado desempenharia uma função corretiva ao afastar a insegurança jurídica causada pela diversidade de pronunciamentos judiciais sobre a mesma questão constitucional.³⁹

Em consideração ao fato de que na ordem constitucional anterior só o Procurador Federal podia provocar a jurisdição concentrada, fez bem o constituinte de 1988 ao ampliar o rol de legitimados ativos para propor ação direta de inconstitucionalidade, mormente ao incluir, por exemplo, os

³⁸ CATTONI, Marcelo Andrade. “Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil”. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004. p. 363.p. 387.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 82.

Governadores dos Estados e os partidos políticos, em atenção ao pacto federativo e à proteção dos direitos das minorias.

Tendo em vista a ênfase dada pela Constituição de 1988 ao controle concentrado, nota-se que, na medida em que se aumenta a competência do Supremo em questões constitucionais, restringe-se a competência da jurisdição ordinária.⁴⁰ No entanto, em momento algum significou isso um atestado de óbito à via difusa, muito pelo contrário. Foi expresso o constituinte de 1988 ao prever um sistema misto de controle, o qual supõe a co-existência ou mescla dos modelos abstrato e concreto.

O que se percebe hoje, no entanto, é uma tentativa de superposição do modelo abstrato sobre o difuso, através de uma concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal. Assim, ao controle pela via difusa-incidental-concreta que, em princípio, produziria decisões com eficácia limitada às partes e retroativa, vem sendo atribuído caráter vinculante e *erga omnes*, consoante disposto na Lei 9.756/98⁴¹. Esta equiparação dos efeitos das decisões tomadas nas duas vias faz cair por terra a diferença existente entre elas. Conseqüentemente, não só desvirtua o modelo misto de controle, como viola frontalmente preceitos básicos do Estado Democrático de Direito, fundado em uma re-aproximação entre Estado e Sociedade, na participação cidadã e na formação democrática das decisões, não só políticas, mas também judiciais.

O Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade da Lei 9.756/98 não obstante a presença, desde 1934 na ordem constitucional brasileira, de dispositivo que dá competência ao Senado Federal para suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo. Nos termos do art. 52, X da CR/88, cabe ao Senado exercer o juízo de conveniência e de oportunidade para sustar os efeitos da lei:

⁴⁰ *Ibidem*. p. 89: "Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade".

⁴¹ O Supremo Tribunal Federal se manifestou pela constitucionalidade da Lei 9.756/98 quando do julgamento do REExt n. 240.096 – DJ de 21.05.1999.

(...) ao Senado Federal caberá apreciar questões relativas ao amadurecimento da questão no Judiciário, tal como decisões tomadas por majorias muito apertadas no Supremo ou divergências entre Tribunais Superiores sobre o tema, ou relativas à prematuridade da mesma (...)⁴²

De fato, o Supremo Tribunal tem entendido ser dispensável a resolução do Senado, relegando a este órgão a mera função de dar publicidade à decisão do Supremo. Segundo a tese da mutação constitucional postulada por ministros da Suprema Corte, com destaque para o Min. Gilmar Mendes e o Min. Eros Grau, o texto do art. 52, X da CR/88 estaria obsoleto, impondo-se uma nova leitura através de uma interpretação corretiva ou evolutiva. Assim, de acordo com o real sentido do texto, a resolução do Senado teria meros efeitos de publicidade, e o controle difuso passaria a apresentar efeitos *erga omnes* e não *inter partes*.

O que se nota, efetivamente, é que ao invés de interpretar a norma constitucional, o Supremo criou um novo texto, sob o argumento de estar atualizando a Constituição. Abre-se, com isso, um perigoso precedente de desrespeito à ordem constitucional. A aplicação do direito não há de ser um espaço de livre atribuição de sentido, sob pena de confundirem-se as atividades judiciária e legiferante. Há que se questionar, portanto, até onde pode o intérprete se distanciar do texto que o vincula e em que ponto a interpretação se transforma em uma subversão, eufemizada pela idéia de mutação constitucional.

O Estado Democrático de Direito clama por uma atividade jurisdicional que desenvolva uma jurisprudência construtiva, preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais. Mas não se pode admitir que, sob o pretexto de adaptar o texto constitucional à realidade, o Supremo Tribunal Federal distorça a ordem constitucional vigente e a tradição firmada em controle de constitucionalidade.

⁴² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 343.

A outorga de poderes ao Supremo Tribunal foi ainda majorada pela Lei 9868/99 que lhe facultou a possibilidade de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em razão de segurança jurídica e relevante interesse social, flexibilizando assim o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Isso porque, conforme já pontuado, no Brasil, a norma eivada de inconstitucionalidade não tem existência jurídica, é nula, ínsita, de modo que o pronunciamento do Judiciário teria natureza meramente declaratória, retroagindo, por isso mesmo, ao momento de criação da norma.

A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal torna possível que uma lei nula produza efeitos durante um determinado período de tempo no qual poderá se exigir seu cumprimento por parte do Judiciário, da Administração e da sociedade. Esta prerrogativa contradiz o entendimento de que, para que nasça validamente no ordenamento jurídico, a norma deve estar em consonância com a Constituição, nos aspectos formal e material.⁴³ Além disso, deixa-se de aplicar o Direito como um código binário, segundo o qual ou algo é devido ou não é, substituindo-o por argumentos de conveniência e oportunidades típicos da política.⁴⁴

Não é difícil imaginar certos casos em que a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade poderia culminar em consequências catastróficas. Frequentemente se argumenta, por exemplo, em matéria tributária, que sendo declarada inconstitucional a cobrança de um tributo, a atribuição de efeitos *ex tunc* à decisão causaria um caos, dada a inexistência de recursos bastantes para restituir todos os contribuintes. Esta inviabilidade orçamentária e financeira seria alegada como motivo de segurança jurídica e relevante interesse social para restringir a eficácia temporal da decisão⁴⁵.

⁴³ OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 48.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 62.

⁴⁵ Ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pode determinar que a eficácia será *ex nunc*, a partir da decisão, bem como fixar um momento futuro a partir do qual terá início a produção de efeitos.

Neste exemplo, todavia, resolver problemas de Caixa da Administração Pública parece mais um interesse do Estado do que da sociedade em si.⁴⁶ De fato, o interesse verdadeiramente público ou social no caso seria o interesse comum a todos na integridade do ordenamento, sem normas conflitantes e respeitada a supremacia da Constituição. Se desfazer os efeitos da norma inconstitucional parece impraticável, a solução não deveria ser a limitação ou a restrição da eficácia da declaração de inconstitucionalidade, mas sim um aprimoramento do processo legislativo para impedir de forma mais efetiva a promulgação de normas contrárias à Constituição. Priorizar-se-ia, assim, o princípio de que o legislador deve positivizar normas que sejam constitucionais.

Outra dimensão da concentração do processo constitucional diz respeito a decisões interpretativas emanadas do Supremo Tribunal Federal. Sob o argumento de se priorizar a interpretação da lei que a torne compatível com o texto constitucional, adotou-se no Brasil o instituto da interpretação conforme a Constituição⁴⁷, proveniente do Direito Alemão. Mencionado instituto se justifica pelo desígnio de dar preferência ao resultado menos gravoso no exame da constitucionalidade de uma norma. Assim, sendo possível interpretar uma lei em conformidade com a Carta Magna, não é necessário declará-la inconstitucional.

Em princípio, o exercício da *interpretação conforme* faz “cumprir – no limite – a função ‘intervencionista’ do Poder Judiciário, para pôr freios ‘à liberdade de conformação do legislador’ de índole liberal clássica”.⁴⁸ No entanto, justamente porque este ‘limite’ é bastante tênue, não parece difícil vislumbrar-se uma exacerbação do Supremo Tribunal na utilização deste mecanismo, resultando até mesmo na modificação do conteúdo da lei:

⁴⁶ De se ressaltar que o interesse social não se confunde com o interesse do Estado como ocorria no Estado de Bem-Estar Social.

⁴⁷ A interpretação conforme com redução teleológica pode se equiparar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto na medida em que poupa-se da nulidade norma que possa ser interpretada em consonância com a Constituição.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*: Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 572.

(...) a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juízes em legisladores ativos. Se a interpretação conforme a Constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei. Por outras palavras: a interpretação conforme a Constituição deve respeitar o texto da norma interpretada e os fins perseguidos através do ato normativo sujeito a controle.⁴⁹

Nestes termos, o Supremo acaba assumindo uma função legiferante e, por conseguinte, ao invés de se preferir o “menos”, isto é, dar uma interpretação constitucional à norma ao invés de extirpá-la do ordenamento jurídico, cai-se no “mais” porque no lugar de se declarar o comando inconstitucional, cria-se um comando novo. Embora a atividade do intérprete envolva uma atuação criativa, não lhe é dado desvencilhar-se inteiramente do objeto interpretado. Ou seja, ainda que a atividade interpretativa seja também produtiva, até para que evolua ao adaptar a norma ao contexto fático, não deve exceder o espaço que lhe é reservado.

Deve-se ponderar, ainda, as consequências de se conferir ao Supremo Tribunal a autoridade para fixar de forma vinculante a interpretação de uma norma, de observância obrigatória pelos demais órgãos e instâncias do Judiciário. O risco, neste caso, é de retirar dos magistrados e tribunais uma prerrogativa inerente à tarefa de julgar, que é a de interpretar os elementos fático-jurídicos do caso concreto. Esta vinculação à interpretação dada pelo Supremo poderia prejudicar, por fim, a própria autonomia e independência de que goza o juiz ao apreciar a controvérsias que lhe são submetidas.

(c) Ofensas ao Estado Democrático de Direito

O exercício da jurisdição constitucional concentrada só se justifica no âmbito do Estado Democrático de Direito porque legitimada pela vontade soberana constituinte. Não se pode olvidar, no entanto, que o Supremo

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.133.

Tribunal Federal é poder constituído incumbido de defender a Constituição, sem que possa ele mesmo desrespeitá-la. A função de intérprete último da Constituição deve ser exercida com parcimônia, em atenção ao amadurecimento da questão constitucional nas demais instâncias e órgãos do Judiciário e à real necessidade de um pronunciamento definitivo e vinculante.

Conforme ressaltado, a tendência de concentração do processo constitucional provoca uma aproximação das eficácias sentenciais no controle difuso e concentrado. Em consequência, torna-se possível que uma decisão tomada por 6 ministros no julgamento de um recurso extraordinário produza os mesmos efeitos próprios ao modelo concentrado. Ou seja, ao invés de ter eficácia restrita às partes envolvidas no caso concreto, a decisão passa a vincular todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública, em flagrante desrespeito à própria Constituição já que “uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante)”⁵⁰.

Por outro lado, a imposição de limites à atuação da jurisdição constitucional ordinária dá causa a um prejuízo imenso em termos democráticos. O pedido de declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade é alegado como questão prejudicial à resolução de um caso concreto, sendo passível de alegação por qualquer cidadão. Por isso é que o controle difuso aproxima a sociedade e o Estado e efetiva a participação democrática no processo judicial.

O controle difuso aproxima a Jurisdição Constitucional e a sociedade. Disperso por todos os ramos do Judiciário, (...) tem o condão de incrementar o exercício da cidadania, robustecendo a noção de democracia, especialmente em países como o Brasil, com uma história constitucional tão atribulada.⁵¹

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mot'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. p. 09. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24.04.2009.

⁵¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 345.

Ao se atribuir força obrigatória ao pronunciamento do Supremo na via difusa, termina-se por suprimir a autonomia e independência do magistrado em decidir o caso concreto. O juiz fica vinculado à observância de um precedente que não necessariamente fornecerá a resposta justa ao caso sob exame. Limita-se o exercício do juízo de adequação pelo magistrado e, conseqüentemente, a possibilidade de proferir uma decisão que assegure ao mesmo tempo segurança jurídica (coerência) e a justiça realizada.

Nos termos de uma teoria procedimental e discursiva do direito e da democracia, as decisões judiciais não se legitimam por seu conteúdo, mas pela prerrogativa dada às próprias partes de influírem no provimento judicial que as vinculará. A possibilidade de cada cidadão provocar o Judiciário a se manifestar sobre a ocorrência de uma afronta concreta à Constituição dá força à idéia postulada por Haberle de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. Nas palavras do autor:

(...) a interpretação constitucional não é ‘um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático’. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição (...).⁵²

O sistema difuso viabiliza a democratização da interpretação constitucional, a qual deve ser tanto mais aberta quanto mais pluralista for a sociedade.⁵³ Mostra-se essencial, na incipiente democracia brasileira, para uma efetiva tutela dos direitos fundamentais por parte dos órgãos judiciários inferiores encarregados das demandas da cidadania em geral.⁵⁴ No entanto, na medida em que se concentra o processo constitucional, fecha-se a interpretação no Supremo Tribunal, que passa a ser o único intérprete da Constituição. Com isso, perde-se aos poucos no bojo da sociedade e da

⁵² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13/14.

⁵³ *Ibidem*. p. 13.

⁵⁴ CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *A Separação dos Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 232.

cidadania o que Pablo Lucas Verdú denomina de sentimento da Constituição.

Neste ponto, preciosa a lição de Menelick de Carvalho Neto:

A comunidade aberta de intérpretes da Constituição (...) é que impede que a Constituição possa ser arbitrariamente considerada como doada a determinado órgão que, a título de se apresentar como seu guardião, não guardaria nada mais que os próprios interesses egoísticos e as visões privadas de seus membros. Os princípios estruturantes do constitucionalismo, resgatados não na concepção jusnaturalista mas na idéia de integridade do Direito, é que podem garantir a exigência de que a Constituição se apresente como algo que pertença intersubjetivamente a todos os cidadãos, pois base dessa comunidade de homens livres e iguais que vivem sob a égide das leis que fizeram para autoregerem-se em sua vida em comum. Algo que não é possível de ser assenhorado, privatizado, por nenhum dos órgãos estatais, sob pena de se esvair, de se esvaziar, de não ser nada a não ser a face mais visível da própria descrença nas instituições, da anomia.⁵⁵

Alegações de uniformidade e celeridade não podem se sobrepor à idéia de formação democrática das decisões judiciais, efetivada através da garantia dos “princípios constitucionais do direito de ampla defesa, do contraditório e da livre apreciação do Judiciário de todas as matérias que se lhe apresentam”⁵⁶. Tampouco um pretense ideal de segurança jurídica justifica que se prejudique a adequabilidade da decisão. A atenção às peculiaridades do caso é uma exigência do constitucionalismo e do Estado de Direito que visa a realização de justiça e não pode ser afastada sob o argumento de economia e celeridade processuais.⁵⁷

Em última análise, a atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* a decisões na via difusa limita a atividade interpretativa pelo órgão julgador, que perde independência e a faculdade de formar seu convencimento de forma livre, ainda que racionalmente motivada. A vinculação de todo o Judiciário ao pronunciamento ou à interpretação dada

⁵⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, no 1, p. 11-20, Março de 2001, p. 20

⁵⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 349/350.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 324.

pele Supremo no controle difuso acaba enquadrando a atividade jurisdicional no campo dos discursos de validade ou de justificação próprios da atividade legislativa.

Com a concentração do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal passa a criar, através de suas decisões, norma geral e abstrata de observância obrigatória. Desta forma, o discurso de aplicação do Direito atento aos detalhes do caso concreto e guiado por um senso de adequabilidade se frustra diante de decisões que impõem um comando abstrato e universalizante. E o problema de se reduzir a tarefa de aplicação do Direito a um discurso de validade é que, em sendo válida uma norma ou interpretação, não quer isso dizer que seja ela adequada ao caso concreto.

A utilização de discursos de validade/fundamentação aumenta o risco de decisionismo no âmbito da atividade jurisdicional porquanto ao invés de se deter a uma análise apurada do caso *sub judice*, o magistrado faz incidir uma fórmula genérica, em prejuízo da busca pela solução adequada. E uma postura decisionista é inaceitável sob a ótica do Estado Democrático de Direito⁵⁸.

O Direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação e não por 'fiat', querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional e não ignorá-la.⁵⁹

Na medida em que se autoriza o Supremo Tribunal Federal a se afastar de uma vinculação estrita à Constituição para atender a argumentos de política, abre-se espaço para uma abordagem utilitarista. É o que se vê na possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na qual a aplicação do Direito se deixa influenciar por questões de conveniência e oportunidade próprias da política, atentando

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, jan-março/2007. p. 133.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 452.

contra um requisito básico do Estado Constitucional – a idéia de supremacia da Constituição.

Note-se, ainda, a consequência perniciosa de se retirar a possibilidade de discordância natural e saudável entre os diversos órgãos do Judiciário para, não raro, impor a observância de um entendimento firmado pelo Supremo em uma apertada votação “6x5”. A multiplicidade e contrariedade de julgamentos entre tribunais e juízes, mesmo que conduzam a decisões inconsistentes entre si, são necessários para fomentar o debate da questão constitucional e permitir seu amadurecimento.

De se ressaltar, ainda, que “a disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático”.⁶⁰ A imposição arbitrária de uma orientação acaba transformando em estáticos e rígidos juízos normativos que estariam naturalmente sujeitos a mudanças e adequações conforme alterem-se as circunstâncias ou mesmo a própria mentalidade do Tribunal ou juiz singular. Prejudica-se, assim, a idéia de uma interpretação constitucional evolutiva.

Há nisso tudo uma perversidade (neo)liberal, que tenta esquecer que a pluralidade das interpretações, o jogo dos argumentos e até mesmo a diferença entre as decisões fazem parte de uma sociedade democrática, em que o pluralismo jurídico é assumido pela própria Ordem Constitucional, com todos os seus riscos.⁶¹

Outro aspecto digno de nota é que, até mesmo por ser o Brasil um país de constitucionalização recente, muitos modelos e institutos insertos no âmbito da jurisdição constitucional são provenientes do direito estrangeiro. A própria adoção do modelo de Suprema Corte e a implantação (originalmente) do sistema difuso de constitucionalidade tiveram forte

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mot'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. p. 13. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24.04.2009.

⁶¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um Ensaio de Teoria da Interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação*. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte: 2004. p. 48.

inspiração no constitucionalismo norte-americano. Mais recentemente, o fortalecimento do controle abstrato e a criação de institutos como o da interpretação conforme foram influenciados sobretudo pelo direito alemão.

Por mais que o direito comparado possa contribuir enormemente para aprimorar o contencioso constitucional em nosso país, deve-se manter uma postura crítica para notar quando um modelo não se mostre apropriado ou produza efeitos nocivos por ser mal utilizado. Uma discussão válida nesse sentido diz respeito à própria estrutura do Supremo Tribunal Federal que imitou a Suprema Corte Norte-Americana em aspectos desde a sua constituição como o órgão de cúpula do Judiciário até a forma de escolha dos seus membros. No entanto, é questionável, até mesmo em função de óbvias diferenças jurídico-culturais, se o modelo adotado é adequado e o quanto influi na “crise institucional” pela qual vem passando o Supremo e de que tanto se fala.

A este respeito, pondera Barroso que deve-se evitar “dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem”⁶². Com efeito, deve-se rechaçar o *one fits all approach*⁶³ sob pena de se instalarem práticas incondizentes com nossa realidade constitucional e mesmo prejudiciais ao desenvolvimento do projeto de construção de uma sociedade democrática assumido com a Constituição de 1988.

4 Conclusão

Um Estado Democrático de Direito emerge de uma sociedade essencialmente pluralista e aberta, na qual todos os órgãos, instituições e centros de poder devem respeito a um mesmo instrumento que fornece as

⁶² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, jan-março/2007. p. 137.

⁶³ Do inglês, “um modelo serve para todos” (tradução livre).

bases de sua organização política e jurídica – a Constituição. Independente da função que exercem ou da posição que ocupam, todos comungam o dever de lealdade constitucional, segundo o qual “os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis”⁶⁴.

O ideal, portanto, é que os atos dos poderes públicos guardem conformidade com o texto constitucional. No entanto, diante da possibilidade de violações, há de se criar mecanismos de defesa da Constituição, a fim de manter-se íntegro o Direito e respeitar-se a vontade soberana do povo exercida no momento constituinte. É neste ponto que entra em cena a jurisdição constitucional.

Mas para se conciliar direito e democracia, ao lado da consagração da supremacia da Constituição devem ser disponibilizados meios de participação da sociedade no processo constitucional, na interpretação das normas constitucionais e na efetivação dos direitos fundamentais. No Brasil, a aproximação entre a sociedade e a Constituição se faz possível por meio da prerrogativa assegurada a todo e qualquer cidadão de suscitar questões constitucionais perante a jurisdição ordinária.

A existência do controle difuso de constitucionalidade é de extrema importância para a concretização do projeto de sociedade democrática insculpido na Constituição de 1988. É relevante porque promove uma abertura da interpretação constitucional não só aos demais órgãos do Judiciário, mas à sociedade como um todo. Coaduna-se também com o estágio de amadurecimento constitucional no Brasil e com o desígnio de se construir de forma compartilhada a constitucionalidade.

Dentro deste contexto, deve-se avaliar com muita cautela a atual concentração do processo constitucional para que não se permita fechar a interpretação da Constituição no Supremo Tribunal Federal, tendo em mente

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *apud*. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004. p. 331.

que “a pedra de toque da constitucionalidade está na própria Constituição e não naquilo que nós [juizes] dizemos dela”.⁶⁵

Referências

- BARBOSA, Rui. As nulidades e a justiça federal. I. Atos do Poder Legislativo. In: BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Atualização: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, jan-março/2007.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *A Separação dos Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2 ed. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: 1992.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, no 1, p. 11-20, Março de 2001.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ADIn, ADC e ADPF*. 29 ed.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 329.

- Complementada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um Ensaio de Teoria da Interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação*. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil*. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.
- OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- PELICIOLI, Angela Cristina. *A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional – O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo*. São Paulo: Ed. LTr, 2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mot'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. p. 13. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24.04.2009.

Resumo: A atividade jurisdicional assumiu novos contornos no marco do Estado Democrático de Direito, superando as propostas ínsitas aos paradigmas do Estado Liberal e Social. Em uma sociedade democrática e pluralista, a tarefa de aplicação do direito se apresenta como fator de integração social e concretização de direitos fundamentais. Neste contexto, a jurisdição constitucional retira sua legitimidade democrática da vontade soberana do povo expressa na Constituição e desempenha um papel destacado no controle de constitucionalidade das leis. Com a Constituição da República de 1988, o modelo concentrado foi fortalecido pela ampliação dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade e pela criação de novos instrumentos processuais e institutos que incrementaram o poder do Supremo Tribunal Federal. Dada esta conjuntura, o presente trabalho deverá analisar a legitimidade e compatibilidade do fenômeno de concentração do processo constitucional com o Estado Democrático de Direito, a ordem constitucional e a tradição brasileira em controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade – concentração – Estado Democrático de Direito.

Abstract: The jurisdictional activity has assumed new designs under the Democratic State of Law, surpassing the proposals attached to the Liberal and Welfare State paradigms. In a democratic and pluralist society, the task of applying law presents itself as a factor of social integration and of implementing fundamental rights. Under this context, the constitutional jurisdiction takes its democratic legitimacy from the people's sovereign will expressed in the Constitution and performs a lead role in the control of constitutionality. Together with the Republic Constitution from 1988, the concentrated model was fortified by the extension of the legitimated to enter a direct action of unconstitutionality and the creation of new procedural instruments and institutes that increased the powers of the Brazilian Supreme Court. Having this conjuncture in mind, the present paper will analyze the legitimacy and compatibility of the concentration of the constitutional process with the Democratic State of Law, the constitutional order and the Brazilian tradition in constitutionality control.

Key words: Constitutionality control – concentration – Democratic State of Law.

