BERNARDINA FERREIRA FURTADO ABRÃO

REPERCUSSÃO GERAL E ACESSO À JUSTIÇA:
CONSEQUÊNCIAS DO INSTITUTO DIANTE DOS
DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

TESE DE DOUTORADO

Orientadora: Profa. Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2011

BERNARDINA FERREIRA FURTADO ABRÃO

REPERCUSSÃO GERAL E ACESSO À JUSTIÇA:
CONSEQUÊNCIAS DO INSTITUTO DIANTE DOS
DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como exigência
para obtenção do título de Doutora.

Nível: Doutorado
Área de Concentração: Direito do Estado
Orientadora: Profa. Dra. Anna Cândida da
Cunha Ferraz.

SÃO PAULO
2011

Velar pela Constituição não é somente fazer leis que estabeleçam a repressão daqueles que as infringem; é muitas vezes clamar pela verdadeira interpretação constitucional, estabelecer a boa jurisprudência, firmar precedentes para o futuro.

Rui Barbosa (1849-1923)

À Profa. Anna Cândida, a quem admiro e tenho profundo respeito.
Agradeço a confiança, paciência e carinho.

Agradecimentos

Ao meu marido, Paulo, pelo amor e incentivo intelectual.

Ao meu filho, Antônio, minha continuidade.

À minha mãe, Maria, a quem devo minha força, caráter e determinação.

RESUMO

A necessidade da criação de um instituto que servisse de filtro aos recursos extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal (STF), via controle difuso de constitucionalidade, que em tese seriam a razão da paralisação e afastamento da Suprema Corte da sua tarefa precípua de guardiã da Constituição foi uma das principais razões do surgimento da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o entendimento do legislador, de doutrinadores, de juristas e de membros do próprio STF, a Suprema Corte, antes da entrada em vigor da EC n. 45/2004 — que introduziu no sistema pátrio os institutos da súmula com efeito vinculante e da repercussão geral, além de ter feito uma ampla reforma no Poder Judiciário —, havia se tornado a destinatária de milhares de recursos extraordinários versando sobre questões constitucionais surgidas incidentalmente em relações processuais intersubjetivas; controvérsias que quando observadas objetivamente acabavam por revelar a repetição. A questão principal a ser discutida na tese é o exame da pertinência da introdução do instituto da repercussão geral, sua adequação ao modelo constitucional brasileiro e seus reflexos no controle de constitucionalidade e nos direitos fundamentais. Para a abordagem do tema dividimos o trabalho em duas partes: na primeira parte faremos uma abordagem histórica da teoria da separação dos poderes; dos sistemas de controle de constitucionalidade, apresentando um estudo dos sistemas difuso e concentrado, inclusive no Direito Comparado; e analisaremos tal controle no Brasil, que adotou um sistema misto. Os fundamentos teóricos que serão estabelecidos na primeira parte do texto têm o intuito de contextualizar o tema, já que as discussões que se seguirão nos capítulos posteriores necessitam dessa abordagem preliminar para seu devido encadeamento lógico. A segunda parte do trabalho contemplará o estudo da repercussão geral e, para tanto, faremos uma breve análise sobre a necessidade de se criar um filtro recursal para diminuir a quantidade de recursos que chegavam ao STF via controle difuso de constitucionalidade. Abordaremos alguns antecedentes históricos da repercussão geral; analisaremos sua natureza jurídica, o conceito e o interesse social que envolve o instituto. Ainda verificaremos o procedimento e os efeitos processuais da repercussão geral, os institutos análogos contemplados no Direito Comparado. Mais adiante, abordaremos a repercussão geral como um conceito jurídico indeterminado e adentraremos na temática do ativismo judicial e da discricionariedade judicial na aferição do instituto. Caminhando para a parte final da tese analisaremos o instituto da repercussão na atuação do Poder Judiciário. Para efeitos de corte metodológico a discussão terá início na Revolução burguesa, já que a partir desse período fica evidenciada a hegemonia do Poder Legislativo na criação de normas jurídicas e chegará aos dias de hoje na tentativa de mostrar se essa hegemonia de alguma maneira sofreu alterações. Para finalizar faremos uma análise crítica sobre os reflexos que a introdução do instituto da repercussão geral poderá ter sob o controle de constitucionalidade e os direitos fundamentais.

Palavras-chave: 1. Repercussão geral. 2. STF. 3. Jurisdição constitucional. 4. Direitos fundamentais.

RÉSUMÉ

Le besoin de la création d'un institut servant comme un filtre aux arrêts qui arrivent à la Haute Cour Fédérale de Justice - Supremo Tribunal Federal (STF), par la voie d'un contrôle diffus de constitutionnalité et qui seraient la raison de l'arrêt et de l'éloignement de la Haute Cour de sa tâche de gardienne de la Constitution, a été l'une des plus importantes raisons de l'apparition de la répercussion générale dans l'ordonnance juridique brésilienne. Selon l'entente du législateur, des doctrinaires, des juristes et même des membres du STF, avant l'entrée en vigueur de la EC n° 45/2004 - introduisant dans le système national les instituts du court abrégé d'effet attaché et de répercussion générale en outre la large réforme du Pouvoir Judiciaire - la Haute Cour était devenue le destin de milliers d'arrêts sur des questions constitutionnelles apparues d'une manière incidente dans des relations de procédure inter-subjectives, des controverses menant à la répétition, lorsque l'on les remarquait objectivement. La principale question à être discutée dans cette thèse, c'est l'examen de la pertinence de l'introduction de l'institut de répercussion générale, sa convenance au modèle constitutionnel brésilien et ses conséquences dans le contrôle de constitutionnalité et dans les droits fondamentaux. Pour l'approche du thème, on a partagé le travail en deux parties: dans la première partie, on fera une approche historique de la théorie de la séparation des pouvoirs, des systèmes de contrôle de constitutionnalité, en présentant une étude des systèmes diffuse et concentrée, inclus dans le Droit Comparé et on analysera ce contrôle au Brésil, qui a adopté un système mixte. Les fondements théoriques mis en place dans la première partie du texte ont l'intention de donner un contexte au thème, puis que les discussions menées dans les chapitres postérieurs ont besoin de cette approche préliminaire pour son propre enchaînement logique. La deuxième partie du travail concernera l'étude de la répercussion générale et pour cela, on fera une courte analyse de la nécessité de créer un filtre aux arrêts pour réduire leur quantité arrivant chez le STF par la voie du contrôle diffus de constitutionnalité. On fera l'approche de quelques antécédents historiques de la répercussion générale, on analysera sa nature juridique, le concept et l'intérêt social qui envoient l'institut. On vérifiera encore la procédure et les effets de la répercussion générale, les instituts analogues envisagés dans le Droit Comparé. A la suite, on fera l'approche de la répercussion générale comme un concept juridique indéterminé et on envisagera la thématique de l'activisme judiciaire et du pouvoir de choix de l'évaluation dans la convenance de l'institut. En s'adressant à la partie finale de la thèse, on analysera l'institut de la répercussion dans les actes du Pouvoir Judiciaire. Pour des effets méthodologiques, la discussion commencera dans la Révolution bourgeoise, puisque à partir de cette période il est évident la hégémonie du Pouvoir Législatif dans la création des normes juridiques et elle arrivera jusqu'à aujourd'hui, en essayant de montrer si de quelque façon, cette hégémonie a subi des altérations. Finalement, on fera une analyse critique des conséquences que l'introduction de l'institut de la répercussion générale pourra avoir sous le contrôle de la constitutionnalité et les droits fondamentaux.

Mots-clés: 1. Répercussion générale. 2. STF. 3. Juridiction constitutionnelle. 4. Droits fondamentaux.

RIASSUNTO

La necessità della creazione di un istituto che fungesse da filtro dei ricorsi che arrivano al Supremo Tribunal Federal (STF), tramite il controllo diffuso della costituzionalità, che in principio sarebbe la ragione della paralisi e dell'allontanamento della Suprema Corte del suo ruolo precipuo di custode della Costituzione, è stata uno dei principali motivi del sorgere della ripercussione generale nell'ordinamento giuridico brasiliano. Secondo il parere del legislatore, degli autori, giuristi e membri dello STF stesso, la Suprema Corte, prima dell'entrata in vigore dell'EC 45/2004 – che ha introdotto nel sistema brasiliano l'istituto delle decisioni giudiziali di effetto vincolante e quello della ripercussione generale, inoltre ha eseguito un'ampia riforma del Potere Giudiziario – era palese che era la destinataria di migliaia di ricorsi straordinari su questioni costituzionali sorte incidentalmente nei rapporti processuali, controversie che, analizzate oggettivamente, finivano per rivelare la ripetizione. La questione principale che va discussa nella tesi è l'esame della pertinenza dell'introduzione dell'istituto della ripercussione generale, il suo adattamento al modello costituzionale brasiliano ed i suoi riflessi sul controllo di costituzionalità e sui diritti fondamentali. Nello svolgimento di questo argomento abbiamo diviso il lavoro in due parti. Nella prima abbiamo seguito un approccio storico della teoria della separazione tra i poteri, dei sistemi di controllo della costituzionalità, e abbiamo analizzato tali controlli in Brasile, che ha adottato un sistema misto. I fondamenti teorici che sono stati stabiliti nella prima parte del testo hanno l'obiettivo di inserire l'argomento nel suo contesto, visto che le discussioni seguenti, nei capitoli successivi, hanno bisogno di questo approccio preliminare per la loro coesione logica. La seconda parte del lavoro ci porta lo studio della ripercussione generale e perciò abbiamo messo in atto una breve analisi sulla necessità della creazione di un filtro per i ricorsi il cui scopo sarebbe diminuirne la quantità che arriva al STF adoperando il controllo diffuso della costituzionalità. Abbiamo analizzato qualche antecedente storico della ripercussione generale, la sua natura giuridica, il concetto e l'interesse sociale che coinvolge l'istituto. Abbiamo verificato anche la procedura e gli effetti processuali della ripercussione generale, gli istituti analoghi che vi sono nel Diritto Comparato. Inoltre abbiamo studiato la ripercussione generale in quanto concetto giuridico indeterminato, e siamo entrati nel tema dell'attivismo giudiziale e la discrezionalità giudiziale nel controllo dell'istituto. Nella parte finale della tesi abbiamo analizzato l'istituto della ripercussione nell'azione del Potere Giudiziario. Il punto di partenza della discussione qui volta è la Rivoluzione Borghese – giacché è da questo periodo storico in poi che diventa palese l'egemonia del Potere Legislativo nella creazione di norme giuridiche, egemonia che arriverà fino ai giorni nostri – e abbiamo cercato di verificare se questa egemonia ha subito qualche cambiamento. Alla fine abbiamo realizzato un'analisi critica sui riflessi che l'introduzione dell'istituto della ripercussione generale potrà avere sul controllo della costituzionalità ed i diritti fondamentali.

Parole chiave: 1. Ripercussione generale. 2. STF. 3. Giurisdizione costituzionale. 4. Diritti fondamentali.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
PARTE I – FUNDAMENTOS TEÓRICOS NECESSÁRIOS PARA O EXAME DO TEMA.....	13
1. Análise da teoria da separação de poderes.....	13
1.1. Histórico.....	14
1.2. Sistema de freios e contrapesos.....	23
1.3. Críticas à teoria da separação de poderes.....	27
1.4. A separação de poderes na atualidade.....	29
2. O Supremo Tribunal Federal e seu papel como guardião da Constituição Federal.....	36
2.1. A função jurisdicional, seus órgãos e esfera de competência.....	37
3. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade.....	43
3.1. Considerações preliminares.....	43
3.2. Controle de constitucionalidade no direito comparado.....	46
3.3. Vantagens e desvantagens dos dois modelos de controle de constitucionalidade.....	53
4. O controle de constitucionalidade no Brasil.....	56
4.1. Histórico.....	56
4.2. A fiscalização concreta da constitucionalidade.....	64
4.3. A fiscalização abstrata da constitucionalidade.....	73
4.4. Aspectos e questões fundamentais do controle de constitucionalidade.....	77
4.5. Os efeitos das decisões de inconstitucionalidade.....	83
4.6. Limites da jurisdição constitucional.....	94
PARTE II – A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO.....	101
5. A emenda constitucional n. 45/2004.....	101
5.1. A necessidade de reforma.....	101
5.2. A reforma do poder judiciário no que tange a criação da repercussão geral.....	103
PARTE III – A REPERCUSSÃO GERAL.....	111
6. Repercussão geral.....	111
6.1. Considerações gerais.....	111
6.2. Antecedentes históricos.....	114
6.2.1. A arguição de relevância.....	114
6.2.2. A jurisprudência defensiva.....	119
6.2.3. Requisito da transcendência no recurso de revista.....	121
6.3. Natureza jurídica da repercussão geral.....	122
6.4. Conceito de repercussão geral.....	126
6.5. Repercussão geral e interesse social.....	131
6.6. Procedimento e efeitos processuais da repercussão geral.....	136
6.7. Repercussão geral no direito comparado: os institutos análogos.....	143
6.7.1. O <i>writ of certiorari</i> nos Estados Unidos da América.....	143
6.7.2. O recuso de revisão e a <i>Verfassungsbeschwerde</i> na Alemanha.....	148
6.7.3. O recurso de amparo na Espanha.....	151
6.7.4. O <i>certiorari</i> na Argentina.....	154
6.8. Repercussão geral: conceito jurídico indeterminado.....	154
6.9. Repercussão geral e ativismo judicial.....	160

6.9.1. O ativismo judicial na experiência norte-americana.....	161
6.9.2. O ativismo judicial em sistema de <i>civil law</i>	169
6.9.3. Alguns exemplos no direito comparado.....	177
6.9.4. Ativismo judicial no Brasil.....	182
 PARTE IV – A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	197
7. A repercussão geral na atuação do Poder Judiciário.....	197
7.1. Considerações sobre o surgimento do Estado de legalidade: a supremacia do Poder Legislativo em relação aos demais Poderes.....	197
7.2. A criação da lei.....	206
7.3. A evolução da função jurisdicional: do Estado legal ao Estado constitucional.....	212
7.4. Interpretação e concretização da norma pelo Poder Judiciário.....	222
7.5. Análise crítica.....	227
7.6. Atuação do Poder Judiciário diante de um caso concreto.....	236
7.6.1. Evolução histórica dos direitos do homem: do direito individual ao direito de solidariedade.....	237
7.6.2. Caso concreto: colisão do direito individual de propriedade diante do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	243
7.6.2.1. Explicação necessária.....	243
7.6.2.2. Caso concreto.....	247
 CONCLUSÕES ARTICULADAS.....	263
 REFERÊNCIAS.....	267
 ANEXO.....	278

INTRODUÇÃO

O instituto da repercussão geral foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC n. 45) que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição Federal de 1988, com a principal função de filtro recursal. A justificativa para a criação desse filtro foi o número excessivo de recursos extraordinários, e agravos de instrumento decorrentes desses recursos, interpostos junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), discutindo causas envolvendo interesses meramente subjetivos, por vezes semelhantes, ou funcionando como meio protelatório para a parte que pretende atrasar o cumprimento da decisão por descontentamento com o resultado.

A partir da entrada em vigor da repercussão geral o recorrente, em sede de recurso extraordinário, cuja competência para julgamento é do STF, fica obrigado a demonstrar — nos termos da lei (Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006), a fim de que a Corte examine a admissão do recurso, podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros — a transcendência da questão constitucional discutida na causa, ou seja, a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da lide.

A escolha da elaboração da tese sobre o instituto da repercussão geral ocorreu pelas seguintes razões: 1ª) em nossa atuação profissional necessitávamos de maior conhecimento sobre o tema, já que ele traz considerável mudança na interposição de recursos extraordinários; 2ª) ao fazermos pesquisas sobre o tema pudemos perceber que comporta novas abordagens; 3ª) ao acompanharmos os debates que antecederam a criação da EC n. 45 pudemos verificar que a repercussão geral foi criada como uma maneira de diminuir a quantidade de recursos que chegavam aos órgãos superiores do Poder Judiciário; 4ª) percebemos a necessidade de novos estudos para verificar se esse instituto de alguma maneira poderá prejudicar o acesso à justiça na defesa de direitos e garantias individuais.

Assim, a tese a ser aqui demonstrada é o exame da pertinência da introdução do instituto da repercussão geral, de sua adequação ao modelo constitucional

brasileiro e seus reflexos no controle de constitucionalidade, no sistema jurídico e nos direitos e garantias individuais.

Para tanto examinaremos, numa abordagem histórica, a teoria da separação dos poderes. Em seguida abordaremos os sistemas de controle de constitucionalidade, apresentando um estudo do sistema difuso e do sistema concentrado; e enveredando para o sistema brasileiro, que dentro de um sistema legal intitulado *civil law* exerce o controle de constitucionalidade por meio de um sistema misto (difuso e concentrado).

Tal abordagem nos leva, na sequência, ao estudo sobre os dois modelos de controle de constitucionalidade acima mencionados: o sistema difuso, também denominado modelo americano, cuja motivação foi a famosa sentença redigida por John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, nos Estados Unidos da América; e o sistema concentrado ou modelo “austriaco” de controle, cuja denominação ocorreu pelo fato de ter sido posto em prática, primeiramente, na Constituição austríaca de 1920, com base em um projeto elaborado por Hans Kelsen. Buscaremos, ao analisar os dois sistemas de controle, fazer um estudo comparado entre países que adotam controles diferenciados: Estados Unidos da América, Alemanha, Itália, Portugal e Brasil, dentre outros.

Os fundamentos teóricos que serão estabelecidos na primeira parte do texto têm o intuito de contextualizar o tema, já que as discussões que se seguirão nos capítulos posteriores necessitam dessa abordagem preliminar para seu devido encadeamento lógico.

A segunda parte do trabalho contemplará uma breve análise sobre a necessidade de se criar um filtro recursal para diminuir a quantidade de recursos que chegavam ao STF via controle difuso de constitucionalidade.

O assoberbamento do STF em decorrência do excesso de recursos interpostos para defesa de interesses subjetivos, e, por conta disso, o seu afastamento de sua função primordial, de guardião da Constituição, foi o mote para a criação da repercussão geral, conforme veremos a partir do estudo que demonstra os entendimentos: do legislador, na PEC 96/1992, que redundou na EC n. 45/2004; do STF, que clamava por uma medida que filtrasse a quantidade de recursos extraordinários; e da maior parte da doutrina que reconhecia a necessidade da criação desse filtro recursal.

Ao entrarmos na discussão sobre repercussão geral, o que ocorrerá na terceira etapa da tese, abordaremos alguns antecedentes históricos: a arguição de relevância, a jurisprudência defensiva e o requisito da transcendência no recurso de revista. Na sequência nos dedicaremos à análise da natureza jurídica, do conceito e do interesse social que envolve o instituto.

Ainda, verificaremos o procedimento e os efeitos processuais da repercussão geral e os institutos análogos contemplados no Direito Comparado: o *writ of certiorari*, nos Estados Unidos da América, o recurso de revisão, na Alemanha, o recurso de amparo, na Espanha e o *certiorari*, na Argentina.

Mais adiante, abordaremos a repercussão geral como um conceito jurídico indeterminado e, portanto, carente de complementação de seu significado por parte do Poder Judiciário, que o faz mediante interpretação jurisdicional. A partir desse ponto adentraremos na temática do ativismo judicial e da discricionariedade judicial na repercussão geral.

Na última parte do trabalho, analisaremos o instituto da repercussão geral na atuação do Poder Judiciário. Para tanto, faremos algumas considerações acerca do Estado de legalidade e do Estado de direito. Para efeitos de corte metodológico a discussão terá início na Revolução Burguesa, ocorrida em 1789, que acabou por evidenciar a hegemonia do Poder Legislativo na criação de normas jurídicas e, como consequência, a supremacia da lei. Para complementar o encadeamento lógico, faremos uma abordagem crítica de como é criada a lei. para posteriormente demonstrarmos historicamente a evolução da função jurisdicional: do Estado legal ao Estado constitucional.

Na sequência, trataremos de abordar a evolução do Estado legal ao Estado constitucional, com o objetivo de demonstrar como ocorreu a perda da hegemonia do Poder Legislativo iniciada principalmente com a Revolução Gloriosa, ocorrida na Inglaterra, em 1668, e com maior intensidade com a Revolução Burguesa, de 1789, até os dias atuais. Para completar, dedicaremos um item à abordagem da interpretação e concretização da norma pelo Poder Judiciário.

Faremos, em seguida, uma análise crítica do papel do Poder Judiciário, partindo de situações em que ele atua como legislador positivo, na tentativa de verificar se o instituto da repercussão geral não irá, de alguma maneira, contribuir para a ampliação de seu poder e, conseqüentemente, ser terreno fértil para o ativismo judicial, que já é uma realidade preocupante.

Por último, trataremos de um caso prático em que mostraremos o posicionamento do Poder Judiciário quando em choque dois direitos protegidos constitucionalmente: de um lado, o direito individual de propriedade, disposto no *caput* e no inciso XXII, do art. 5º, da CF; e de outro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecido no *caput* do art. 225 da CF, que deve ser entendido como um bem público — não porque pertença ao Estado (critério subjetivo), mas porque não é passível de apropriação com exclusividade (critério objetivo) — e de uso comum do povo.

Para melhor compreensão dos elementos discutidos no caso concreto faremos uma breve explanação sobre a evolução histórica dos direitos do homem – do direito individual ao direito de solidariedade –, da Revolução Francesa aos dias atuais.

No estudo do caso concreto pretendemos verificar se no embate jurídico entre um direito individual e um direito coletivo poderia haver o risco de o individual ser alijado diante das conseqüências sistêmicas levadas a cabo nas esferas regionais e estaduais do Poder Judiciário, já em face da existência e aplicação, desde maio de 2007, da repercussão geral, já que este instituto poderá fortalecer o sistema concentrado e levar ao solapamento o controle difuso de constitucionalidade.

O trabalho será elaborado a partir de uma pesquisa teórica, com base numa revisão bibliográfica rigorosa para dar sustentação ao objeto da tese. Essa pesquisa teórica não terá compromisso direto com um resultado prático, porém não nos furtaremos à possibilidade de trazê-la com uma carga de aplicabilidade prática a objetos específicos. Afinal, como deve ser toda tese, seu resultado necessariamente tem de contribuir com a ciência e comunidade científica.

A pesquisa bibliográfica permeará todos os capítulos da tese, já o último capítulo receberá um tipo de pesquisa mais específico, o estudo de caso.

PARTE I – FUNDAMENTOS TEÓRICOS NECESSÁRIOS PARA O EXAME DO TEMA

1. ANÁLISE DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1. Histórico. 1.2. Sistemas de freios e contrapesos. 1.3. Críticas à teoria da separação de poderes. 1.4. A separação de poderes na atualidade.

Neste capítulo analisaremos a teoria da separação dos poderes, que historicamente foi sendo abordada, ainda que não sob o mesmo aspecto, nas obras de Aristóteles, Marsílio de Pádua, Maquiavel, John Locke e principalmente Montesquieu.

O estudo da separação de poderes traz discussões e análises às quais, sem dúvida, têm significado atual nas democracias modernas. Ao tratar do conceito de liberdade, pronuncia que a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Não à-toa, o princípio da legalidade é fundamental na ação da Administração Pública, estrutura criada pelo Poder Executivo para dar finalidade ao que prevê a CF.

Desse modo, as três esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário), com sua separação e autonomia, foram aceitas pelos Estados de Direito como forma de descentralizar e diminuir o poder do monarca, que vinha consubstanciado na máxima romana *quod principi placuit legis habet vigorem* (o que apraz ao príncipe vigora como lei) e na frase de Luís XIV: *L'état c'est moi* (O Estado sou eu).

Tal separação visava, também, dentre outras coisas, o que Montesquieu vislumbrava como liberdade política, presente nos Estados moderados que não abusavam do poder, fruto do equilíbrio entre as forças políticas com um intrincado sistema de freios e contrapesos.

Por essa razão, tal teoria foi fundamental para o surgimento do Direito Administrativo, e para que os poderes autônomos e independentes pudessem controlar um ao outro, numa salutar, mas por vezes tensa, ação democrática e republicana.

A presente tese visa verificar se a repercussão geral representa um impeditivo ao exercício pleno da revisão conceitual e democrática via controle difuso de constitucionalidade, e abordará a questão sob um viés que demonstre se há o enfraquecimento da distribuição de jurisdição e o crescimento da intervenção do Poder Executivo nos direitos individuais.

Porém, e de acordo com nossos primeiros estudos, surge o questionamento referente à utilização da repercussão geral não como freio aos abusos da Administração, mas como negativa de acesso a uma decisão – consequência sistêmica –, por parte do indivíduo que se sente lesado, do poder que deveria controlar judicialmente, nos termos da Constituição Federal e das leis, o Poder Executivo.

Por outro lado, podemos estar vivendo de forma propositada esse “aparente” enfraquecimento do Poder Judiciário na avaliação de direitos em conflito, para assistirmos uma ampliação de seu campo de ação, na medida em que há uma judicialização e constitucionalização excessiva de temas postos à sua análise. O estudo de caso desta tese poderá nos dar elementos para avaliar esta questão.

1.1. Histórico

O antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles¹, na obra *Política*, na qual o autor considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder. Há também nessa obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando ele menciona a impossibilidade prática de que um só homem fosse capaz de prever tudo o que nem a lei pode especificar. Aristóteles faz menção a uma divisão interna dos poderes ao tratar das funções desempenhadas pelo Estado, ao sistematizar as tarefas pelos diferentes órgãos que entre si dividiam o Poder em

¹ Nesse sentido encontraremos: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217-219; MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 137; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros: 2010, p. 109. Porém, há doutrinadores que discordam desse posicionamento, vejamos: “Historicamente há quem queira associar a moderna teoria da separação dos poderes à obra *Política*, de Aristóteles, porém isso não se confirma nem na obra de Montesquieu nem tampouco na obra de John Locke que são os propugnadores dessa teoria na era moderna”(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248).

Atenas. As funções, de acordo com essa sistematização, são: deliberativa, executiva e judicial.

Porém, a concepção moderna da separação de poderes não foi buscar em Aristóteles sua fonte inspiradora; foi construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos políticos e sociais.

Nesse contexto, Dalmo de Abreu Dallari² aponta a importante contribuição de algumas obras na construção do sistema da separação de poderes, que foi num primeiro momento idealizado para evitar a concentração do poder nas mãos de uma única pessoa ou grupo de pessoas.

Marsílio de Pádua, com sua obra *Defensor Pacis*, escrita em 1324, estabeleceu uma distinção entre o poder legislativo e o executivo, cuja base de pensamento era a afirmação de uma oposição entre o povo (primeiro legislador) e o príncipe (função executiva); é possível afirmar que de sua obra surge uma primeira tentativa de afirmação da soberania popular.³

Maquiavel, com sua obra *O Príncipe*⁴, escrita no século XVI, destacou que já se encontravam na França três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente. O autor de Florença destaca a importância da divisão do Poder em funções distintas como fator de maior liberdade e segurança para o rei, já que ele não teria que intervir em disputas entre fracos e poderosos e, portanto, não teria de enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas, pois ao judiciário caberia o papel de proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos.

Com a obra *Segundo Tratado sobre o Governo*⁵, escrita no século XVII, John Locke esboçou uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes. Nessa obra Locke destaca que o homem no estado de natureza é livre, senhor absoluto de

² *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 217-219.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, P. 218.

⁴ MACHIAVELLE, Niccolò. *O Príncipe*: com as notas de Napoleão Bonaparte. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, especialmente cap. XIX.

⁵ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Ibrasa, 1963.

sua pessoa e de seus bens, igual ao maior de todos e livre de toda sujeição, e que, portanto, renuncia sua liberdade e abandona esse poder supremo para se submeter ao governo e à autoridade de outro exatamente para salvaguardar sua vida, sua liberdade e seus bens, ou seja, sua propriedade, já que se assim não fosse esses bens estariam no estado de natureza e, portanto, constantemente expostos a turbacões por parte dos outros homens.⁶

Por isso, justifica Locke, para obter essa salvaguarda são necessários: a sociedade política suprimindo as deficiências do estado de natureza porque contemplando sistematicamente uma lei estabelecida e reconhecida, recebida de comum acordo como a norma do justo e do injusto e servindo de medida comum que permita resolver qualquer litígio; um juiz reconhecido e imparcial, que tenha autoridade para resolver os litígios segundo a lei estabelecida; e, por último, um poder que possa apoiar e sustentar uma justa sentença e de levá-la à execução. E assim, estaríamos diante de diferentes funções: a de legislar, a de julgar e a de executar.⁷

Falando sobre o Estado inglês de seu tempo, o autor aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa voltada ao Parlamento; a função executiva, exercida pelo rei, que comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e a outra de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado; a quarta função, que também deveria ser exercida pelo rei, era a prerrogativa conceituada como “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras”.⁸

Assim, o modelo de divisão de poder proposto por John Locke não leva em consideração as funções que o Estado exerce, pois a de julgar fica a cargo do Legislativo e a de executar é bipartida entre Executivo e Federativo.

Talvez por essa razão o pensador inglês não tenha sido considerado o pai da teoria da separação dos poderes, tal como concebida modernamente pelo constitucionalismo. Entretanto, a ele coube o mérito de retomar a ideia da divisão do Poder, até porque sua obra coincidiu historicamente com o advento da separação de

⁶ *Segundo Tratado sobre o Governo*, cap. II.

⁷ *Idem*, cap. IX.

⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*, caps. XII, XII e XIV.

poderes que o constitucionalismo consagrou. Com efeito, com o *Bill of Rights* de 1689 é possível dizer que surgiu um Poder Legislativo independente do Poder Real, sendo que este era mais do que um Poder Executivo, pois a justiça era administrada por juízes que dependiam do monarca; em 1701, com o *Act of Settlement*, os juízes foram liberados dessa vinculação na medida em que não mais podiam ser livremente exonerados pelo rei, passaram a partir de então a não poder ser dispensados, exceto se condenados por alguma falta grave ou por deliberação de ambas as casas do Parlamento. Com isso tem-se a consagração do surgimento de um Poder Judiciário, separado do Poder Real, que não se sujeitava ao Poder Legislativo.⁹

Diante desse quadro, havia na Inglaterra no século XVIII três Poderes: Legislativo e Judiciário, independentes, e o Executivo a cargo do rei.

Montesquieu, após longas pesquisas e estudos realizados na Inglaterra, conheceu as instituições inglesas e seu funcionamento, e trouxe para França a ideia de divisão de poderes. Com sua obra *O Espírito das Leis*¹⁰, escrita em 1748, ele conceberá a teoria da separação de poderes como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições. O pensador afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão, e prevê o perigo da concentração de poder nas mãos de um mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo.¹¹

Especialmente no capítulo VI, que trata “Da Constituição da Inglaterra”¹², do livro XI, intitulado “Das leis que formam a liberdade política na sua relação com a Constituição”, o Barão de La Brède afirma haver em cada Estado três espécies de poder, ou seja, três faculdades ou funções: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 249-250.

¹⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. Paris: Garnier Frères, 1973. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, 121-185.

¹¹ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, especialmente o livro VI, p. 174.

¹² “A doutrina do Capítulo VI do *Espírito das Leis*, inferida por Montesquieu de um juízo acerca da Constituição da Inglaterra, criou o princípio da separação de Poderes. Não se tem por certo se foi da parte do insigne filósofo das leis um erro deliberado ou apenas uma observação, ligeira, imprecisa e superficial, que tomou ares de certeza e se tornou com o tempo a mais sólida garantia constitucional do Estado de Direito.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.)

Sendo que pelo primeiro o príncipe, ou o magistrado, elabora leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou revoga as existentes; pelo segundo faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, impede as invasões; e pelo terceiro pune os crimes, ou julga as pendências entre particulares. A este último chamaremos o poder de julgar e ao outro o poder executivo do Estado.¹³

Assim, podemos verificar que há uma diferença entre os apontamentos da teoria da separação dos poderes entre o inglês Locke e o francês Montesquieu. Para John Locke:

haveria um Poder Legislativo, que abrangeria a justiça, um Poder Executivo e um Poder Federativo; para Montesquieu, um Poder Legislativo – sem a justiça; um Poder Judiciário, incumbido desta justiça e o Poder Executivo, abrangendo o campo que o inglês dividia entre o Executivo e o Federativo. Não cabe dúvida, pois, que a separação dos poderes tal qual vingou no constitucionalismo seguiu o modelo do francês.¹⁴

Importante destacar que a teoria da separação dos poderes, além de ter o mérito de dividir o poder em funções distintas, para que o poder controle o poder, trouxe ainda outras três lições que merecem destaque: a primeira, de natureza política, seria o valor da separação entre os poderes; esse valor está em que tal separação é fonte da “liberdade política, que para o cidadão, é aquela tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão”.¹⁵

E Montesquieu justificou da seguinte maneira a importância desse valor advindo com a separação dos poderes:

Quando se reúne na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo e o poder executivo, não existe liberdade; porque pode-se temer que o próprio monarca, ou o próprio senado, faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não existe liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

¹³ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, p. 173-174.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 252.

¹⁵ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 174.

arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se estivesse unida ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.¹⁶

Para concluir suas ideias sobre a necessidade de separação de poder para evitar a tirania, o Barão de La Brède, justificou: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as pendências entre particulares”.¹⁷

Ainda no capítulo VI, do livro XI, ao tratar da Constituição da Inglaterra, Montesquieu destaca outra importante lição política que deva se depreender da separação de poderes: a representação política. Ao cuidar do Legislativo ele afirma a necessidade e a conveniência de uma câmara de representantes ao lado de uma câmara composta pela nobreza. Conforme nos lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “neste passo o mestre de La Brède claramente trai o seu propósito oficial – o de descrever a Constituição da Inglaterra –, pois aí se denuncia o caráter prescritivo e universal de suas lições”.¹⁸

Assim, Montesquieu reconhece a necessidade de um sistema representativo para o exercício do legislativo:

Do mesmo modo que, num Estado livre, todo homem, que se considera possuir uma alma livre, deve governar-se a si mesmo, seria preciso que o conjunto do povo detivesse o poder legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e está sujeito a inúmeros inconvenientes nos Estados pequenos, é preciso que o povo faça, por meio de seus representantes, tudo quanto não pode fazer por si mesmo.¹⁹

E ele justifica a necessidade de um sistema representativo afirmando que os representantes são capazes de discutir os negócios públicos; já o povo não é de todo adequado para isso; o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia.²⁰ E justifica a capacidade para escolha dos representantes da seguinte maneira: “Todos os cidadãos, nos diversos distritos, devem ter direito de dar seu voto para escolher o

¹⁶ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

¹⁷ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

¹⁸ *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 60-61.

¹⁹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 176.

²⁰ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

representante; com exceção daqueles que sejam de condição tão baixa que considere que não possuem vontade própria”.²¹

O Barão de La Brède afirma que o Poder deveria ser confiado a representantes do povo, que não estariam presos a eventuais instruções dos representados: “Não é necessário que os representantes, que receberam dos que os elegeram uma instrução geral, deles recebam uma instrução particular sobre cada assunto”;²² afinal, “se os representantes são os homens capazes de apreciar os negócios públicos, seria um contrassenso que tivessem de seguir a orientação dos menos capazes”.²³

Para finalizar Montesquieu assevera que:

O corpo representativo também não deve ser escolhido para tomar qualquer resolução ativa, coisa que não faria bem; mas sim para elaborar leis, ou para observar se estão executando bem as leis que elaborou, coisa que pode fazer muito bem e que ninguém melhor que ele poderá fazê-lo. Num Estado, há sempre pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honrarias; mas se ficassem confundidas no meio do povo, e tivessem apenas um voto, como os demais, a liberdade comum seria sua escravidão, e não teriam interesse algum em defendê-la, porque a maioria das decisões seria contra elas. Sua participação na legislação deve, pois, ser proporcional às demais vantagens que possuem no Estado: isto se dará se constituírem um corpo que tenha direito de refrear as iniciativas do povo, como este tem o direito de refrear as suas. Assim, o poder legislativo será confiado tanto ao corpo dos nobres, quanto ao corpo que será escolhido para representar o povo, cada um dos quais terá sua assembléia e suas deliberações à parte e pontos de vista e interesses distintos.²⁴

Desse modo, verificamos que para Montesquieu o povo deveria eleger os seus representantes quem em seu nome e no seu interesse, tomariam as decisões de governo. “Está aí a genial ligação entre o princípio democrático na origem do Poder e um posicionamento aristocrático (de capacidade) quanto ao exercício do Poder.”²⁵

²¹ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

²² *Id.*, *ibid.*, mesma página.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 61.

²⁴ *O espírito das leis*, p. 177.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 61.

E como terceira lição advinda da teoria da separação dos poderes, podemos destacar o equilíbrio de forças políticas²⁶. Ainda no capítulo sobre a Constituição da Inglaterra, Montesquieu faz observações quanto ao dissídio entre os Poderes, ou seja, segundo ele, os três poderes “deveriam formar um repouso ou uma ‘inação’. Como, porém, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de comum acordo”²⁷, ou seja, ‘de concerto’.

O Barão de La Brède via na teoria da separação dos poderes um meio de o poder deter o poder, e no capítulo IV do Livro XI ele tece maiores considerações sobre o tema: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém será obrigado a fazer as coisas a que a lei não o obrigue nem a não fazer as que a lei lhe permite”²⁸.

Para Montesquieu não havia mal algum na inação do Estado. Por evidente, é necessário fazer uma leitura de seu posicionamento político levando em consideração o período histórico em que sua obra foi escrita. Ele viveu num período em que o papel do Estado, conhecido como *État gendarme*, não era o de promover o bem-estar social, mas o de criar condições, especialmente de segurança, para que cada um buscasse seus próprios interesses.

Para Dalmo de Abreu Dallari, há na teoria de Montesquieu um ponto obscuro no tocante à indicação das atribuições de cada um dos poderes, pois ao lado do poder legislativo coloca um poder executivo ‘das coisas que dependem do direito das gentes’ e outro poder executivo ‘das que dependem do direito civil’, porém, ao explicar mais detalhadamente as atribuições deste último, ele diz que por ele o Estado ‘pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos’, chamando a este último de “poder de julgar” e, o outro, simplesmente, de ‘poder executivo do Estado’. Verifica-se, portanto, que ele, já adotando a orientação que seria consagrada pelo liberalismo, não dá ao Estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir. Assim, as leis elaboradas pelo legislativo deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse. Desse modo, afirma Dallari, “dando

²⁶ *Id., ibid.*, p. 253.

²⁷ MONTESQUIERU. *O espírito das leis*, p. 181.

²⁸ *Id., ibid.*, p. 173.

atribuições tão restritas ao estado, Montesquieu não estaria preocupado em assegurar-lhe a eficiência, parecendo-lhe mais importante a separação tripartida dos poderes para garantia da liberdade individual”.²⁹

Em síntese, a separação de poderes teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional – a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que: “*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*” (“Toda sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos nem se determina a separação de Poderes, não tem Constituição”) –, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem.³⁰

No Brasil, as constituições republicanas, com exceção dos intervalos 1930, 1961 e 1964, adotaram o princípio da separação de poderes de acordo com a formulação clássica advinda de Montesquieu.

Desde o início do constitucionalismo, a divisão do Poder foi vista como uma das formas de limitá-lo, não a única, pois como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho³¹, “a separação dos poderes não é a única técnica de divisão do Poder, ela é apenas a divisão funcional dele, temos, ainda, a divisão territorial do Poder por meio do federalismo e da descentralização”, mas talvez seja a mais importante, a ponto de ainda hoje ser considerada um dogma, tanto que a Constituição brasileira de 1988 integra a separação dos poderes ao seu cerne fixo, considerando-a cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III)³².

Hoje, entretanto, o princípio da separação de poderes não configura mais aquela rigidez de outrora, pois, conforme será verificado em tópico posterior da presente tese:

²⁹ *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 219.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 109. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 13-19. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 243-268. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*, p. 43-48.

³¹ *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 245.

³² *Idem*, p. 247.

A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característico do parlamentarismo, em que o governo depende de confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.³³

1.2. Sistema de freios e contrapesos

A separação dos poderes é uma típica divisão funcional do Poder visando impedir a concentração do Poder nas mãos de uma mesma pessoa ou órgão. Desse modo, cria-se um sistema de freios e contrapesos.

A teoria do sistema de freios e contrapesos foi uma criação doutrinária, que associou a separação de poderes à ideia de Estado Democrático. Segundo esse sistema, “os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: gerais ou especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências”.³⁴

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 109.

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral Estado*, p. 220-221.

A fórmula mais importante de divisão interna do Poder é, indubitavelmente, a ‘separação dos poderes’. Esta registra a propósito da organização inglesa do início do século XVIII – a Constituição inglesa que Montesquieu tomou por modelo – é uma divisão funcional do Poder. Ela divide o exercício do Poder estatal, levando em conta três funções cometidas a este: a de legislar, e de executar as leis e a de julgar.³⁵

Conforme abordado no item 1.1.1 dessa tese, Montesquieu, no célebre livro XI, de *O espírito das leis*, desenvolveu a famosa doutrina de que todo bom governo se devia reger pelo princípio da divisão dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assim, nesse contexto, teríamos a função legislativa, com o objetivo preciso de elaboração das leis, a função executiva, objetivando a aplicação ou execução das leis, e a função judiciária, consistente na aplicação da lei ao caso concreto, numa distribuição harmoniosa entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com o intuito de separar para limitar o poder, isto é, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos para que o poder controle o poder, visando impedir que um poder se sobreponha ao outro. E o essencial da doutrina da separação de poderes transportado para as constituições presidencialistas, está em que “se quiser constituir um Estado respeitoso das liberdades, é mister dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos capaz de conter os poderes e fazê-los andar ‘de concerto’”.³⁶

O princípio da separação de poderes, que é constitucionalmente adotado como base do sistema presidencialista³⁷, tem como cláusula-parâmetro a “independência e harmonia”³⁸ entre os poderes. O que significa dizer que há um mínimo e um máximo de

³⁵ *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 247.

³⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes...*, p. 13.

³⁷ Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz “no arranjo institucional de poderes, base do sistema presidencialista, cada poder tem esfera de atuação própria, que pressupõe partilha constitucional de competências, harmonia entre o respectivo relacionamento, independência de organização e funcionamento, inacumulabilidade de funções e indelegabilidade de atribuições. As exceções a esses pressupostos, expressas ou não constitucionalmente, buscam, acima de tudo, estabelecer o chamado sistema de ‘freios e contrapesos’, base da doutrina de poderes moderados, e possibilitar que os poderes políticos ‘andem de concerto’”. (*Conflito entre poderes...*, p. 19)

³⁸ A Constituição brasileira em vigor estabeleceu no art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. “A *independência dos poderes* significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) quem na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...].

independência de cada órgão de poder, a fim de se evitar que se desfigure a separação, e, também, há um número mínimo e um máximo de instrumentos que favorecem o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de atuarem “de concerto”.³⁹

Assim, afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz, “a interferência de um poder sobre outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a ideia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias. A interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre outro poder”.⁴⁰ E a doutrinadora, observa ainda, que se se quiser perseguir a ideia-fim que gerou o princípio da separação de poderes é necessário evitar a ampliação inseqüente e desmesurada de exceções à cláusula-parâmetro, sob pena de esvaziar o conteúdo desse princípio, o que acarretaria uma confusão de poderes, oposta à formulação propugnada por Montesquieu: poderes separados, moderados e institucionalizados.⁴¹

Hoje, o princípio da separação de poderes não configura mais aquela rigidez das origens do constitucionalismo; houve uma evolução na sua interpretação e aplicação ao longo dos séculos que sucederam a sua formulação, passando de uma concepção rígida da distinção dos poderes para uma flexibilização cada vez mais acentuada das cláusulas-parâmetros.

Entretanto, é necessária a preservação constitucional do princípio da separação de poderes, pois se ele sobrevive no texto constitucional, como base de uma organização política, e é proclamado enfaticamente, sendo considerado cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, III), deve ser preservada sua essência ao menos para o fim último para o

A *harmonia entre os poderes* “verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 110).

³⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes...*, p. 14.

⁴⁰ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

⁴¹ *Id.*, *ibid.*, p. 15.

qual foi concebido, de limitação do poder e garantia das liberdades, ainda que no particular venha a ser adaptado às circunstâncias históricas do momento.

Historicamente tem-se verificado que o princípio da separação não elimina, por si só, o possível conflito entre poderes e não impede a sobreposição de um sobre os outros. Para evitar esses riscos é necessário um sistema de freios e contrapesos, que apesar de não eliminar, ao menos ameniza os conflitos e impede a preponderância de um poder sobre o outro. Na prática, cada um dos poderes tem, nas suas prerrogativas, as ‘armas’ contra os demais Poderes.⁴² A exemplo do mecanismo de freios e contrapesos que caracterizam a harmonia entre os poderes, podemos destacar:

Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66).

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art. 64.

Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, a).⁴³

Em complemento aos exemplos acima, que são aqueles que estão escritos na Constituição, Anna Cândida da Cunha Ferraz chama a atenção para os instrumentos não escritos, como a possibilidade de o Presidente influir politicamente na obstrução dos

⁴² Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes...*, p. 18.

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 110-111.

trabalhos do Legislativo, via ação dos parlamentares de seu Partido ou da base que lhe dá sustentação política; o poder que tem de retardar ou não votar leis que interessem ao Executivo entre outros. Entretanto, destaca a doutrinadora que o uso equilibrado e controlado desses instrumentos também é essencial para o fortalecimento da ação governamental e o exercício moderado dos poderes constituídos.⁴⁴

Importante destacar que ao princípio da divisão de poderes foram abordadas exceções significativas na Constituição Federal, como por exemplo: autorização para convocação de Ministros de Estado perante o plenário das Casas do Congresso ou de suas comissões, bem como o seu comparecimento espontâneo para expor assunto relevante do seu Ministério (art. 50); permissão para que Deputados e Senadores exerçam funções de Ministro de Estado, que é agente auxiliar do Presidente da República, Chefe do Executivo, bem como de Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Prefeitura de Capital ou de missão diplomática temporária (art. 56); possibilidade de adoção pelo Presidente da República de medidas provisórias, com força de lei (art. 62); e autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (art. 68).⁴⁵

1. 3. Críticas à teoria da separação de poderes

O princípio da separação de poderes que surgiu com a intenção de enfraquecer o poder do Estado e garantir as liberdades, transformando-se, ao longo dos mais de dois séculos de sua existência, num dogma do Estado Moderno, atrelado à ideia de sustentáculo para a democracia vem sofrendo críticas e passando por necessária transformação.

A primeira crítica ao sistema da separação de poderes, baseado na divisão clássica de Montesquieu, diz respeito ao fato de ele ser meramente formalista, jamais tendo sido praticado; isso pode ser observado na análise do comportamento dos órgãos do Estado, que mesmo onde a Constituição enfaticamente consagra a separação dos poderes, isso jamais ocorre em sua plenitude, ao contrário, o que se observa é a uma interpenetração intensa entre as funções. “Ou um órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam

⁴⁴ *Conflito entre poderes...*, p. 18-19.

⁴⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 111-112.

de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.”⁴⁶

Outra substancial crítica em torno do sistema da separação de poderes é que ele jamais assegurou a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. A sociedade formada num sistema liberal, com significativas desigualdades, a garantia de liberdade sendo efetivada para apenas um pequeno número de privilegiados, portanto, plena de injustiças, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar de existir um princípio que prevê a separação do poder em funções para evitar tiranias e abusos, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Muitas vezes, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, não raro, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Desse modo, verifica-se, pois, que a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.⁴⁷

A separação dos poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia além de limitar o poder do Estado, reduzir ao mínimo sua atuação. Porém, com a evolução da sociedade e o surgimento de novos direitos, o Estado, que até então era tido como liberal passa a ter participação mais intensa na vida social, saindo do papel de mero expectador para um papel mais ativo, provedor; há uma ampliação de sua participação em áreas tradicionais que o fazem atingir a qualificação de Estado social. Tudo isso impõe a criação de uma legislação mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por sua vez, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.⁴⁸

⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 221.

⁴⁷ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

⁴⁸ *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 222.

Apesar da inadequação da organização do Estado, a separação de poderes é vista como um dogma necessário para a democracia, daí porque se buscam outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo a aparência da separação de poderes, fazendo uso de mecanismo jurídicos, como por exemplo, delegação de poderes ou transferência constitucional de competências, conforme observamos no item 1.1.2 do presente trabalho.

O princípio da separação de poderes — que foi formulado em sentido formal rígido, porque assim o exigiam as circunstâncias históricas — para ser compreendido nos dias atuais de modo constitucionalmente adequado, “exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam”.⁴⁹

Portanto, num contexto pós-moderno, aquele velho dogma que revestia a separação de poderes

teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder executivo, como as nossas medidas provisórias — que são editadas *com força de lei* — bem assim para a legislação *judicial*, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças *aditivas* proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.⁵⁰

As transformações ocorridas na clássica teoria da separação de poderes serão abordadas no item que passamos a desenvolver abaixo.

1.4. A separação dos poderes na atualidade

As exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178.

social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes.⁵¹ A necessidade de intervenção do Estado na vida social, seja como provedor (no âmbito dos direitos sociais), seja como fiscalizador ou regulamentador (da atividade econômica, por exemplo) impôs mudanças na rígida divisão tricotômica da teoria do Barão de La Brède, de modo a reconhecer que aquela separação formal em funções bem distintas, está superada, por causa da necessidade de reorganização do Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.

Nos dias atuais, porém, se percebe uma grande mudança na doutrina que se ensina sobre a separação dos poderes, ainda que ligada ao conceito científico de separação de funções claras e distintas dos três poderes e com uma supremacia do Poder Legislativo, já que representante do povo, que permeou o início do Constitucionalismo. Esse conceito clássico de separação dos poderes teve papel importante na medida em que historicamente ocorria uma evolução de um Estado medieval para um Estado liberal.

Hoje, ao contrário do que ocorreu no passado, há um predomínio do Poder Executivo, apesar de muitas vezes esse predomínio ser “previamente e propositadamente” acertado com outros poderes, e que será objeto de nossa análise alhures. E essa mudança aconteceu ao longo dos anos por causa, especialmente, da democratização do poder e intervenção do Estado nos domínios econômico e social.

No modelo original da teoria da separação dos poderes o Poder Legislativo era aquele que mais se aproximava da democracia, já que ele representava o povo, que o elegia, apesar da restrição do eleitorado devido ao voto censitário; nesse modelo o monarca era quem dominava o Executivo e, portanto, esse poder era tido como aristocrático. Ao longo do século XIX, o poder do monarca foi enfraquecendo e dando lugar ao fortalecimento do poder que representava o povo.

Porém, com o desenvolvimento do parlamentarismo, o Legislativo foi cada vez mais ocupando espaço na seara política, tornando-se de fato a fonte do Executivo, que por sua vez foi se transformando num poder representativo, e o Rei foi relegado um papel meramente protocolar.

⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 223.

A força do Executivo foi se acentuando na medida em que os partidos políticos foram se tornando organizados e disciplinados. Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

a liderança do partido ou da coalizão majoritária veio a compor o Gabinete, isto é, o Executivo. Ora, como cúpula desse partido ou coalizão, passou este a orientar, quando não a comandar, a própria atuação do Legislativo. Passou, como isso, o Executivo a ser o poder proeminente, a cabeça dos poderes políticos, o que persiste, acentuadamente, nos dias que correm.⁵²

Além disso, com a extensão do direito ao voto e da elegibilidade que avança pelo século XIX em toda a Europa e chega ao sufrágio universal, o alargamento do eleitorado influencia, sobremaneira, a vida política, o que faz com que haja uma ampliação e desenvolvimento de partidos políticos hierarquizados e disciplinados e também obriga a que esses partidos dêem atenção, seja por interesse no voto do eleitorado seja por questão ideológica, às reivindicações das classes mais pobres e necessitadas.⁵³

Como reflexo disso temos o desenvolvimento de políticas sociais voltadas à proteção do trabalhador e aos mais carentes. A missão do Estado passa de liberal e não-intervencionista para social-provedor, que participa efetivamente nas “prestações positivas (...) direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.⁵⁴

Tais políticas, que representam uma intervenção na esfera econômica e social, e que, por óbvio, só poderiam ser realizadas na esfera do Poder Executivo, redundam na valorização desse poder, reforçando-lhe seu já proeminente papel.

Some-se a isso a demora do Poder Legislativo em dar respostas, via elaboração de leis, às necessidades ligadas a interesses econômicos e financeiros, já que sua própria estrutura, voltada ao livre debate de ideias e propostas, e que faz parte de uma

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 263.

⁵³ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 286.

democracia, muitas vezes paralisa questões importantes por causa de acirrados embates ideológicos ou divergências políticas.

Essa demora fez com que o Executivo fosse ao longo da história buscar maneiras alternativas para “driblar” a demora do Poder Legislativo, numa típica legiferação anômala, como por exemplo decretos regulamentares, regulamentos autônomos, regulamentos de necessidade, *lois-cadres* (do direito francês), decretos-leis, leis delegadas, *decreti-legge* (do direito italiano) e medidas provisórias⁵⁵ (tão conhecidas no direito pátrio), além da ampla normatização que hoje está a cargo das agência reguladoras. Assim, a prevalência política do Executivo acabou por fazê-lo autor da grande maioria de projetos que vieram a tornar-se lei por meio do processo ordinário de criação, via Poder Legislativo.⁵⁶

A proeminência do Executivo ocorreu também devido à sua atuação na questão da segurança, pois a ele cabe provê-la tanto no plano interno quanto no externo, ou seja, contra o crime e como questão de segurança nacional, respectivamente.

O Executivo também se vê fortalecido politicamente no plano econômico-social, como já dito acima, porque sua intervenção nesse campo corresponde à expectativa das sociedades que buscam o bem-estar, pois é esse o Poder que realiza o Estado-providência.

Nos dias de hoje a separação dos poderes se reduziu essencialmente a uma “distinção de poderes”, seja no regime parlamentarista, seja no presidencialista, pois apesar de receber lugar de destaque nos sistemas jurídicos, como é o caso da Constituição brasileira em vigor, que embora tenha atribuído a ela um destaque como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III), admitiu leis delegadas (art. 59, IV) e medidas provisórias (art. 59, V).

Assim, as Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial acabaram por dessacralizar a separação de poderes. “Em geral, referem-se a Legislativo, Executivo e Judiciário, mas na distribuição de competências entre eles atendem a critérios de

⁵⁵ Nos últimos anos o chefe do Executivo brasileiro tem utilizado o poder recebido pelo legislador constituinte para tomar a dianteira na proposta de elaboração da lei, por meio de medidas provisórias, forçando a bancada legislativa que apóia o governo a dar prioridade à sua tramitação.

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 264-265.

conveniência ou de expediência. Não mais consideram a ideia de funções com caracteres científicos distintos.”⁵⁷

Hoje, o princípio da separação de poderes não configura mais aquela rigidez de outrora; a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes, buscando-se, portanto, maior colaboração entre os poderes (legislativo, executivo e judiciário).⁵⁸

Entretanto, destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o que ainda pesa em favor da fórmula da separação dos poderes é a experiência histórica. “De fato, a experiência nos últimos dois séculos aponta ser a diferenciação entre Legislativo, Executivo e Judiciário um instrumento (relativamente) eficiente para estabelecer um ‘governo moderado’, propício à liberdade e à efetivação dos direitos fundamentais.”⁵⁹

Karl Loewenstein⁶⁰, após analisar a separação dos poderes, que considera ultrapassada, propõe uma nova tripartição das funções, mais adequada à dinâmica do Estado contemporâneo.

Ele distingue as funções em: determinação política (*policy determination*), cujo objetivo é escolher as políticas que devam ser adotadas; execução política (*policy execution*), tal função deverá implementar as políticas escolhidas; e de controle político (*policy control*), essa função tem o objetivo de chamar à responsabilidade os que escolhem e os que as executam as políticas.

Assim, nessa nova proposta de tripartição de funções apontadas por Loewenstein temos: o Governo com a função de desempenhar a *policy determination*, o que dentro de uma democracia significa que será orientado pela decisão popular; a Câmara, por meio da função *policy control* fará o controle dessa política na formulação e na execução; e ao Judiciário cabe o controle no aspecto jurídico, fiscalizando o cumprimento do direito e a sua concretização em relação ao indivíduo e seus direitos fundamentais.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p.265.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 109.

⁵⁹ *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, p. 265.

⁶⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the governmental process*. 2. ed. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1965, p. 34-48.

Até o final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, vigorava na Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, fruto da linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.

O constitucionalismo que vigia até então era fundado na supremacia da lei, princípio que teve início com a Revolução Francesa e que foi reafirmado com o positivismo jurídico e suas Constituições escritas e codificações. Conforme observa Luís Roberto Barroso, ao analisar historicamente a trajetória do positivismo, que desprezou valores típicos do jusnaturalismo, como por exemplo, ética e justiça, para a criação de um direito puro: “O positivismo jurídico, por sua vez, em busca de objetividade científica equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX”.⁶¹ Ao término da Segunda Grande Guerra, o positivismo jurídico assistiu sua decadência que fora “emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade”.⁶²

Houve a partir desse momento histórico o rompimento da tradição de tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinando-a às circunstâncias do Legislativo e do Executivo. Passa-se, assim, a atribuir força normativa às normas constitucionais, num processo de reconstitucionalização que irá marcar uma nova era no constitucionalismo mundial e que tem nas Constituições da Alemanha e da Itália um marco histórico fundamental dessa alteração, já que foram idealizadas com inspiração na revalorização da teoria da justiça e na legitimação democrática e elaboradas sob uma nova hermenêutica, dentro de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, elaborada num momento em que assistíamos a uma transição entre a acabada ditadura militar e o anseio pelos valores democráticos, introduzirá tais valores, conforme previsão de seu art. 1º, III que preconiza a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247-8.

⁶² *Id.*, *ibid.*, p. 248.

Esse novo cenário, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, visando o respeito à dignidade da pessoa, a manutenção dos valores democráticos, trará inevitáveis mudanças na atuação do Poder Judiciário.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU PAPEL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1. A função jurisdicional, seus órgãos e esfera de competência

A Suprema Corte brasileira terá uma abordagem, neste trabalho, sob a ótica do próprio constitucionalismo brasileiro. Isto porque, diante de tantas modificações políticas no país, e diante de número significativo de cartas constitucionais, o papel do STF, principalmente nos momentos de autoritarismo, tendeu à consolidação do estado democrático, o que, por vezes, trouxe mudanças baseadas nas decisões que foram construídas paulatinamente, principalmente as relativas às garantias dos direitos individuais.

Assim, a análise de nossa Suprema Corte, sem parecer ambicioso de nossa parte, poderá esclarecer se o momento atual de nossa democracia e de nosso sistema republicano tem no STF seu guardião, como já ocorrera em outras oportunidades; ou se, agora, o viés político de algumas de suas decisões faz o Brasil trilhar por caminhos de imposição de um sistema político adotado com vistas a uma prevalência de entendimentos oblíquos, de um vício com base numa análise estritamente econômica do Executivo brasileiro.

Iremos verificar também se a ação do STF pode ser considerada ativismo judicial, na medida em que muitos são os casos em que essa Corte assume o papel de preencher vazios legislativos sem fundamentos constitucionais ou tomar decisões que modificam a própria Constituição Federal.

De qualquer forma, a análise a ser implementada neste item, buscando entender o papel de outras Cortes supremas, poderá servir para verificar se o papel do STF pode ser resumido na antológica frase do Ministro Celso de Mello, no voto da Ação de Inconstitucionalidade 239-7/600, proposta pelo Procurador Geral da República:

Não basta (...) apresentar, o governante – qualquer governante –, para justificar o exercício autorizado do poder, títulos de legitimidade (...). Mais do que isso, é

preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional.⁶³

2.1. A função jurisdicional, seus órgãos e esfera de competência

Conforme verificado no item dedicado ao estudo da teoria da separação de poderes, o Poder é uno e indivisível, sendo que a propositura da separação se deu em virtude de um controle do poder sobre o poder, com o intuito de evitar o abuso que historicamente vinha sendo verificado com a concentração do Poder nas mãos de um monarca. Para que o poder controlasse o poder, criou-se uma separação em três esferas distintas e autônomas. Convencionou-se que o Poder seria dividido em: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, terceiro Poder do Estado atribuído à União no Estado Federal brasileiro, organizado na Constituição Federal nos arts. 92 a 126, cujos órgãos têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto, exerce a função jurisdicional, ou simplesmente jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial, dentro de um denominado sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

Em regra, os conflitos de interesses são solucionados pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento na Constituição, em ordens legais, gerais e abstratas que fazem parte de um corpo escrito chamado lei, ou costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicados por eles. Esse corpo de leis e/ou normas gerais no sistema brasileiro, em tese, fica ao encargo do Poder Legislativo, que deve criar comandos que, indistintamente, se apliquem a todas as pessoas.

Divididas as funções da soberania nacional, portanto, por três Poderes distintos, ao Judiciário, cujos órgãos são formando por juízes e tribunais, compete decidir atuando de forma objetiva, jamais “podendo estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo, com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem

⁶³ *Apud* VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.106-107.

justiça”⁶⁴. Ou seja, o juiz julga a respeito de outrem e em razão da vontade da lei concernente a outrem.

A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado, conforme disposição expressa na CF, no art. 5º, XXXV.

Os órgãos da função jurisdicional que, portanto, exercem a ordem judiciária em nosso país, são: (a) um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é o Supremo Tribunal Federal; (b) um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça; (c) as estruturas e sistema judiciários, compostos por Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais e Tribunais e Juízes Militares; e (d) os sistemas judiciários dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

A jurisdição constitucional, conforme já havíamos adiantado no capítulo anterior, surge como fruto da necessidade de consolidação do constitucionalismo democrático e normativo no pós-guerra.⁶⁵

“A *jurisdição constitucional* emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição (...) como expressão de valores sociais e políticos. Essa é uma questão fundamental, que se coloca em resposta aos tipos de ataques que a Constituição pode sofrer, surgindo disso dois sistemas: o norte-americano e o europeu.”⁶⁶

Nos Estados Unidos da América, o sistema jurídico, fundado no critério difuso, permite que todos os juízes e tribunais tenham competência para realizar o controle de constitucionalidade, incidentalmente, ou seja, diante do caso concreto; porém, por ser um sistema de natureza mais técnico-jurídico do que político, não se caracteriza verdadeiramente como uma forma de jurisdição constitucional, pelo fato de que a jurisdição ordinária não aprecia a Constituição em função de seus valores políticos, ou

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 554. Esse autor ressalta, ainda, que salvo o juízo de equidade, excepcionalmente admitido em mandado de injunção, normalmente o juiz no Brasil, pura e simplesmente aplica os critérios que foram editados pelo legislador.

⁶⁵ Ver nesse sentido a obra de Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo...*, especialmente a Parte II, capítulos I, II e III.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 557.

seja, não se configura como guardião dos valores constitucionais, mas sim tem como objetivo principal a decisão do caso concreto.⁶⁷

Já o sistema europeu, também conhecido como sistema austríaco, desenvolveu-se como resposta aos ataques político e ideológico da Constituição e institucionalizou, a partir de 1920, as Cortes Constitucionais como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundado no critério de controle concentrado.

O Brasil seguiu o sistema americano, evoluindo para um sistema misto que combina: (a) o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental (arts. 102, I, a, e III, e 103 e 102, § 1º da CF/88); (b) reduziu a competência do STF à matéria constitucional; mesmo assim este órgão não se converteu em Corte Constitucional, primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção; segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades.⁶⁸

É certo que o art. 102 diz que a ele compete, *precipualemente a guarda da Constituição*. Mas não será fácil conciliar uma função típica de guarda dos valores constitucionais (pois, guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (base do critério de controle difuso), quando ocorrer uma das questões constitucionais

⁶⁷ VEGA, Pedro de. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. In: *Estudios políticos constitucionales*. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 285 e 291.

⁶⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 558-559.

enumeradas nas alíneas do inc. III do art. 102, que o mantém como Tribunal de julgamento do caso concreto que sempre conduz à preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova. Não será, note-se bem, por culpa do Colendo Tribunal, se não vier a realizar-se plenamente como guardião da Constituição, mas do sistema que esta própria manteve. [...] Reduzir a competência do STF à matéria constitucional não constitui mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.⁶⁹

Note-se, entretanto, que a EC n. 45/2004, com o intuito de conter o número excessivo de recursos extraordinários interpostos junto ao STF, criou a figura da repercussão geral da questão constitucional discutida, como novo requisito de admissibilidade do recurso, o que de certa maneira vem representar uma esperança de que a Corte, usando esse tipo de filtro recursal, deixe de julgar tantos recursos que discutem questões idênticas envolvendo interesses individuais e tenha, assim, oportunidade de se dedicar a questões de maior complexidade que digam respeito às normas constitucionais.

Uma análise com maior profundidade sobre o controle de constitucionalidade será feita em momento oportuno na presente tese.

Quanto à composição, o STF tem onze ministros, que serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos (brasileiros natos) com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

No tocante à competência do STF, o art. 102 a especifica em três grupos: (1) as que lhe cabe processar e julgar originariamente, isto é, como juízo único e definitivo (inc. I); (2) as que lhe incumbe julgar em recurso ordinário (inc. II); (3) e, finalmente, as que lhe toca julgar em recurso extraordinário (III).

Importante ressaltar que a competência relacionada no art. 102 abrange em quase sua totalidade um conteúdo de litígio constitucional e, portanto, a atuação do STF nesse caso se destina a compor lide constitucional, num típico exercício de jurisdição constitucional, que poderia ser dividido em três grupos:

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 559.

(1) Jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, que pode ocorrer por via de ação direta, interventiva ou genérica (art. 102, I, “a” e “p”), e por via de exceção (art. 102, III), sendo que nesse último caso, o julgamento se dá mediante recurso extraordinário e o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a sua admissão, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Trata-se da questão de relevância que era prevista no art. 119, § 1º, da Constituição de 1969, “que retorna ao direito constitucional positivo – ainda que não tenha concorrido para melhorar a qualidade da jurisdição e sua celeridade quando vigorou”⁷⁰;

(2) Jurisdição constitucional da liberdade, equivalente ao exercício da jurisdição provocado por remédios constitucionais (*habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção) destinados à defesa dos direitos fundamentais; e

(3) Jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade; nesse caso destaca-se, por exemplo, a competência do STF para processar e julgar os crimes de membros de outros Poderes (art. 102, I, “b” e “c”); os litígios entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou Território etc.

Cumprе esclarecer que a jurisdição constitucional não é função exclusiva do STF, mas somente a jurisdição constitucional concentrada suscitada por ação direta de inconstitucionalidade, posto que a jurisdição constitucional que se exerce por via de exceção cabe a qualquer juiz ou tribunal.

Por último, antes de adentrarmos no tema sobre os sistemas de controle de constitucionalidade, importa destacar que o § 1º do art. 102 contempla um instituto de grande relevância: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

De acordo com os apontamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a previsão desta arguição sempre deixou intrigados os estudiosos, já que ela dá a entender:

que na Constituição há normas fundamentais e normas não fundamentais. Ora, disto se pode extrair a idéia de que há uma

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 560-561.

diferença entre estas no seu *status*, o que contraria a doutrina tradicional, de que todas as regras constitucionais são igualmente cogentes, embora nem sempre imediatamente aplicáveis.⁷¹

Ainda, segundo o doutrinador:

se se vai distinguir na Constituição entre normas fundamentais e não fundamentais, melhor seria seguir a doutrina clássica na lição de que há normas materialmente constitucionais — as referentes à forma do Estado, forma de Governo, organização dos Poderes e modo de sua composição e direitos fundamentais — e outras apenas formalmente constitucionais escritas.⁷²

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 235.

⁷² *Id.*, *ibid.*, p. 236.

3. APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1. Considerações preliminares. 3.2. Controle de constitucionalidade no direito comparado. 3.3. Vantagens e desvantagens dos dois modelos de controle de constitucionalidade.

3.1. Considerações preliminares

O controle de constitucionalidade pode ser definido como a “verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição”⁷³, abrangendo tanto verificação dos requisitos formais quanto dos requisitos materiais. Ele pode ser exercido por meio de dois tipos de sistemas: o controle difuso (modelo americano) e o controle concentrado (modelo austríaco).

O modelo difuso, também denominado modelo americano, está firmado na doutrina clássica, que fora construída a partir da famosa decisão do caso *Marbury versus Madison*⁷⁴ prolatada pelo juiz John Marshall, em 1803, nos Estados

⁷³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade, *RPGE* 34, dez. 1990, p. 27.

⁷⁴ *Marbury* havia sido nomeado em 1801, nos termos da lei, para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia, pelo então Presidente da República John Adams, do Partido Federalista, que se encontrava nos últimos dias de seu mandato. Não houve tempo hábil para que ocorresse a posse do já nomeado *Marbury*, antes de o republicano Thomas Jefferson assumir a Presidência da República. Jefferson, ao assumir o governo, determinou ao seu Secretário de Estado, Madison, que negasse posse a *Marbury*, que por sua vez, em virtude dessa ilegalidade, requereu à Suprema Corte um mandado judicial para que Madison fosse obrigado a dar-lhe posse. Toda essa questão envolvia além de conflitos jurídicos, conflitos políticos, já que de um lado estava a Corte composta majoritariamente de federalistas e de outro o Congresso e o Executivo sob o controle dos republicanos, que jamais aceitaria a intervenção direta do Judiciário nos negócios políticos do Executivo. Diante de tal problema o juiz Marshall, sabiamente, tratou o caso pelo viés da competência constitucional da Suprema Corte Americana, perguntando se a Corte Suprema era o tribunal adequado para expedir o mandado em tal caso. Analisando a incompatibilidade da Lei Judiciária de 1.789 — que autorizava o Tribunal a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo — e a própria Constituição, que em seu artigo III, seção 2, disciplinava a competência originária da Corte, esta, apesar de ter entendido ser ilegal a conduta do Secretário de Estado Madison, por recusar-se a expedir a comissão legalmente devida a *Marbury*, proveniente da ação do antigo presidente Adams, com a aprovação da maioria do Senado, entendeu que carecia de competência para emitir o mandado requerido, uma vez que tal expedição não se coadunava com a competência atribuída à Corte de forma taxativa pela Constituição. E, assim, deixou de expedir o mandado judicial, declarando-se incompetente. O juiz ponderou que a Constituição prescrevia estritamente a jurisdição original da Corte Suprema e não incluía o poder de expedir mandados. Deveria a Corte obedecer à Constituição ou ao Estatuto? Para o Governo dos Estados Unidos, ponderou Marshall, os poderes do Legislativo são definidos e limitados e seus limites não podem ser controvertidos ou enfraquecidos: a Constituição é escrita. Qual o propósito de serem os poderes limitados e aqueles limites consignados por

Unidos, que decidiu que sem caso concreto, controvérsia ou litígio, não pode o Judiciário exercer a fiscalização da constitucionalidade.

Esse tipo de controle de constitucionalidade é feito diante de um caso concreto. Quanto ao aspecto subjetivo ou orgânico, o controle difuso pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência.⁷⁵ Em relação ao aspecto modal, a questão de inconstitucionalidade surge incidentalmente no caso concreto *sub judice*, ou seja, “tem caráter de um controle que se exerce em via incidental”, no curso de um processo comum “e só na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja *relevante* para a decisão do caso concreto”.⁷⁶ Surge “como alegação da parte para exigir a prática de um ato coartado por lei tida por contrária à Constituição, ou como alegação de defesa contra a prática de um ato exigido com fundamento numa lei viciada de igual modo”.⁷⁷ Por essa razão, neste modelo de controle a inconstitucionalidade alegada é chamada de incidental, por via de defesa ou de exceção.

Em síntese, no controle difuso o ato declarado inconstitucional é nulo e, portanto, não produz efeitos; não obriga; a nulidade fulmina a norma *ex tunc*; o Poder Judiciário apenas declara a nulidade. O efeito de tal decisão vale *inter partes*, e apesar de a

escrito, se puderem, a qualquer tempo, ser ultrapassados por limites considerados como restritos? O juiz Marshall questiona se a Constituição é um chefe superior, do Direito, imutável por meios ordinários, ou estará num mesmo nível com as leis ordinárias e, como as outras, poderá ser alterada quando o Legislativo quiser. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então a lei legislativa contrária à Constituição não é Direito; se a última parte é certa, então as Constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitado. E acrescenta: certamente, todos os que têm Constituições escritas contemplam-nas como formadoras do Direito fundamental e supremo da nação, e conseqüentemente, abraçam a teoria de que cada governo deve aceitar que uma lei ordinária em conflito com a Constituição é inoperante. O juiz prossegue afirmando que é da competência especial, bem como o dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito. Assim, se uma lei opuser-se à Constituição e se ambas, a lei e a Constituição, aplicam-se a um caso particular, de modo que a Corte deva decidir aquele caso conforme a lei, desrespeitando a Constituição ou respeitá-la, recusando a lei, a Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever Judiciário. Ao finalizar, o juiz reforça a supremacia da Constituição quando há conflito entre ela e leis infraconstitucionais a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele Instrumento. (O relato do caso *Marbury v. Madison* foi extraído da obra: SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Suprema Corte*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 10-14).

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 67.

⁷⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 102.

⁷⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade*, p. 29.

lei declarada inconstitucional não valer no caso concreto, permanecerá vigendo no ordenamento jurídico, porque o juiz não a revoga.

O modelo concentrado pode ser designado como o sistema “austriaco” de controle, pelo fato de ter sido posto em prática, primeiramente, na Constituição austríaca de 1920, com base em um projeto elaborado pelo Mestre da escola vienense Hans Kelsen. Nesse modelo de controle a fiscalização da constitucionalidade é abstrata, principal, isto é, independe de um conflito em caso concreto. A questão da conformidade das leis à Constituição se realiza por via de ação própria, direta, “em um adequado e autônomo processo constitucional instaurado *ad hoc*, com adequada ação”⁷⁸, por intermédio de um recurso de constitucionalidade que será analisado por uma Corte Constitucional, cuja competência é especializada e concreta no tocante ao aspecto orgânico, portanto, o poder de controle se concentra, ao contrário do controle difuso, em um único órgão judiciário⁷⁹.

Diferentemente do sistema americano, o sistema austriaco não só concentrou a competência para o controle de constitucionalidade em um único órgão, como também criou um órgão específico para exercê-lo. A Constituição austríaca de 1920 criou uma especial Corte Constitucional na qual “‘concentrou’ a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, (...) confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de (...) uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos”⁸⁰. O controle de constitucionalidade das leis, na Áustria, não era exercido pelos órgãos judiciários, mas por órgãos políticos, que estavam indicados na Constituição.

A decisão do Tribunal Constitucional em tal fiscalização gera efeitos *erga omnes*. São particularmente legitimados para propor a questão de inconstitucionalidade órgãos e autoridades públicas.

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 102.

⁷⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 67.

⁸⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 104.

3.2. Controle de constitucionalidade no direito comparado

Os sistemas de controle de constitucionalidade foram desenvolvidos a partir de concepções filosóficas e experiências históricas diversas, o controle difuso (também denominado americano) e o controle concentrado (também denominado austríaco ou europeu) e, por vezes, esses dois sistemas básicos que, aparentemente pareciam excludentes, acabaram por ensejar o surgimento de um modelo misto, com combinações de elementos dos dois modelos, como é o caso, por exemplo, dos sistemas brasileiro e português, em que o controle jurisdicional pode ser exercido tanto por órgão integrante do Poder Judiciário quanto por Tribunal Supremo ou Corte Constitucional.⁸¹

Verificando as diversas constituições européias pode-se observar que o modelo americano, ou seja, o sistema difuso, em princípio, influenciou algumas delas. No Direito suíço “afirma-se um geral poder-dever dos juízes suíços de não aplicar as leis cantonais que contrastem com a Constituição Federal. [...] Todo tipo de controle judicial de constitucionalidade é excluído, na Suíça, em relação às leis federais, e é esta uma limitação tradicional do sistema suíço que, no entanto, encontra não poucas críticas na moderna doutrina”.⁸²

Os sistemas difuso e concentrado sob alguns aspectos perderam parte das características iniciais que os separavam em pólos absolutamente opostos. Vejamos as razões.

O controle concentrado, que defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional, “adota as ações individuais para a defesa de posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco”⁸³; a emenda Constitucional 7/12/1929 introduziu mudanças substanciais

⁸¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1056.

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis...*, p. 70.

⁸³ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1057.

no modelo de controle de constitucionalidade formulado na Constituição austríaca de 1920 e, entre essas mudanças, passou a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça Administrativa elevem a controvérsia constitucional concreta perante a Corte Constitucional, rompendo, assim, com o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando esses dois órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria, tendência que seria reforçada posteriormente com a adoção de modelo semelhante na Alemanha, Itália e Espanha.⁸⁴ Desse modo, no sistema concentrado o juiz ou o tribunal passaram a ser ativos participantes do controle de constitucionalidade, no quesito de órgão incumbido da provocação.⁸⁵

O sistema americano, por sua vez, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas ao adotar uma modelagem processual voltada à valorização do interesse público em sentido amplo.

A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efetivo vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva.⁸⁶

O modelo americano, que como visto anteriormente foi desenvolvido a partir da discussão do caso *Marbury versus Madison*, apresentado em 1803 à Suprema Corte americana, assegura a qualquer órgão judicial, incumbido de aplicar a lei a um caso concreto, o poder-dever de afastar a sua aplicação caso a considere incompatível com a ordem constitucional.

⁸⁴ Cf. SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridade tradicional (modelo americano — modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Sínteses, ano 1, n. 2, p. 66, out./dez., 2003; Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1057.

⁸⁵ Cf. SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridade tradicional..., p. 68.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1057.

No controle misto de constitucionalidade é deferido aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais e se reconhece a determinado órgão de cúpula (Tribunal Supremo ou Corte Constitucional) a competência para proferir decisões em ações específicas de perfil abstrato, como é o caso brasileiro na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva.⁸⁷

Vejamos alguns exemplos de como funciona o controle de constitucionalidade no direito comparado.

No Direito dinamarquês, norueguês e nos últimos tempos também no sueco vem se afirmando “o poder dos tribunais de controlar a conformidade das leis com a Constituição, com a consequência de não se aplicar no caso concreto uma lei considerada inconstitucional”.⁸⁸

Quanto aos países europeus que adotaram o sistema concentrado, ou sistema “austríaco” de controle de constitucionalidade, temos: a Itália – que antes de adotar o sistema concentrado, que vige até os dias atuais, teve uma experiência com o sistema tipo “americano”, nos anos de 1948 a 1956, período da entrada em vigor da Constituição rígida (1º de janeiro de 1948) até o momento em que começou a entrar em funcionamento a Corte Constitucional –, a Alemanha (Constituição de Bonn de 1949) e, evidentemente, a Áustria, como já foi dito, na Constituição de 1920.⁸⁹

Adotaram, ainda, o controle concentrado de constitucionalidade a Constituição da República do Chipre (1960), a Constituição da República Turca (1961) e a Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia (1963).⁹⁰

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1058.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis...*, p. 71.

⁸⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 71-73.

⁹⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 73.

Na Alemanha, embora a regra seja o controle abstrato de normas, o Tribunal Constitucional Federal tem competência para exercer o controle concreto.

Na Espanha, o controle, em regra, é concentrado, via ação direta, perante o Tribunal Constitucional, mas, a teor da Constituição espanhola de 1978, quando um órgão judicial considerar, em algum processo, que uma norma com força de lei, aplicável ao caso, de cuja validade dependa a decisão, puder ser contrária à Constituição, apresentará a questão incidental ao Tribunal Constitucional que, neste caso, exerce um controle concreto das normas. O Tribunal *a quo* pode agir de ofício ou a requerimento das partes.⁹¹

Na França por muito tempo houve uma resistência à organização de um controle de constitucionalidade das leis, por duas razões básicas: “a idéia de que as deliberações das Câmaras não poderiam ser discutidas sem que fosse, simultaneamente, abalada a soberania nacional” e “a desconfiança que, na época revolucionária, cercou os tribunais, e os impediu de chegarem a uma situação pela qual pudessem pretender, com alguma chance de sucesso, examinar a produção legislativa”.⁹² Porém, é possível dizer que hoje a França, com o Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958, vem adotando gradualmente postura que, em muitos aspectos, aproxima-se de um órgão de jurisdição constitucional.⁹³ A Constituição de 1958, colocou um fim à soberania parlamentar, seguindo-se a esta a submissão da lei à norma constitucional, numa ruptura com a tradição revolucionária, impondo-se a primazia da Constituição. Surge assim o controle de constitucionalidade, embora de caráter preventivo.⁹⁴

Na Itália, em princípio, o controle jurisdicional é concentrado, por via de ação direta. Porém, admite-se o controle concreto, por via incidental, quando, no curso do processo, surge uma questão constitucional fundada. Assim, como o juiz ordinário não tem

⁹¹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2 ed. rev., atual. e amp., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 63.

⁹² *Id.*, *ibid.*, p. 65-66.

⁹³ Cf. ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional? In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Sínteses, ano 1, n. 3, p. 89, jan./mar. 2004. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1058.

⁹⁴ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 67-68.

competência para decidi-la, suspende-se o processo para que a Corte Constitucional julgue a questão prejudicial.⁹⁵

Em Portugal, a Constituição de 1976, especialmente com a revisão de 1983, instituiu o controle abstrato das normas, a ser exercido pelo Tribunal Constitucional. Paralelamente, continua existindo o controle difuso, sendo que, nos feitos submetidos a julgamento, os tribunais não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela estabelecidos, e de suas decisões cabe recurso ao Tribunal Constitucional.⁹⁶

Na Bélgica foi instituído em 1980 um Tribunal arbitral que se incumbe da solução de controvérsias federativas. “Na Bélgica, na Holanda e em Luxemburgo, embora não se reconheça a Constituição como parâmetro de controle das leis, admite-se o controle de legitimidade das leis em face da Convenção Européia de Direitos Humanos.”⁹⁷

No Reino Unido há evidências de que os conceitos estão mudando, na medida em que o Parlamento já não se mostra soberano absoluto. “Com a aprovação do *Human Rights Act*, de 1998, confiou-se aos Tribunais britânicos a aferição da legitimidade das leis em face das disposições da Convenção de Direitos Humanos”.⁹⁸ Embora não se declare a nulidade ou a invalidade da lei, pode-se constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização. Por essa razão já se identifica no Reino Unido os contornos de uma jurisdição constitucional de caráter geral ou não especializada.⁹⁹

⁹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 63.

⁹⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1058; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 64.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1058.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1059.

⁹⁹ TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte. In: Peter Badura e Horst Dreier (org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, p. 249. *Apud*, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1059.

Mauro Cappelletti analisando o controle de constitucionalidade das leis na Europa tece importantes considerações.¹⁰⁰ Na Áustria, não era exercido pelos órgãos judiciários, mas por órgãos políticos, que estavam indicados na Constituição. Com a reforma constitucional de 1929, a Constituição austríaca ampliou o rol de legitimados para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das leis. Dessa forma, além do Governo Federal e do Governo dos Lânder, adquiriram legitimidade a Corte Suprema para as causas civis e penais e a Corte Administrativa.

Estes dois órgãos judiciários ordinários, diferentemente dos outros dois órgãos políticos, só podem arguir perante a Corte Constitucional austríaca a questão de constitucionalidade em via incidental, ou seja, apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo.

A reforma constitucional austríaca de 1929 proporcionou grande avanço a estes dois órgãos judiciários, já que os outros juízes deviam, irremediavelmente, aplicar as leis aos casos concretos submetidos a seu julgamento, sem a possibilidade de abster-se da aplicação daquelas leis que sejam por eles consideradas inconstitucionais.

Os sistemas italiano e alemão evitaram o defeito que mais chamou a atenção no sistema austríaco, já que os juízes comuns são na Itália e na Alemanha, assim como na Áustria, incompetentes para efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos dois Países. Porém, na Itália e na Alemanha, diferentemente da Áustria, todos os juízes comuns, ainda que inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la têm, ao contrário, o poder (dever) de submeter a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional, e este julgamento será suspenso enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade.

¹⁰⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das...*, p. 105-113.

Pode-se depreender disso que os sistemas italiano e alemão aproximam-se do sistema americano, na medida em que todos os órgãos judiciários são legitimados para requerer o controle junto à Corte Constitucional, apesar de não serem competentes para efetuar o controle de constitucionalidade como ocorre nos Estados Unidos. Acrescente-se, ainda, que tanto na Itália, quanto na Alemanha há a legitimação de outros órgãos não judiciários, que podem agir diretamente, em via principal perante as Cortes Constitucionais destes Países.

A partir das críticas expostas, Mauro Cappelletti conclui que o sistema concentrado ou austríaco, já prevalente na Europa, poderia ser chamado de europeu; ele o considera mais completo que o método americano e confirma seu posicionamento, apresentando um exemplo de limite do sistema adotado nos Estados Unidos, nos “casos em que, mesmo diante de leis seguras ou presumivelmente inconstitucionais, não foi, no entanto, possível qualquer *judicial review* justamente por causa do caráter exclusivamente ‘incidental’ do controle admitido naquele País”.¹⁰¹

Convém, ainda, destacar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em alguns países:

- a) na Colômbia: a Corte Suprema pode definir o alcance de sua decisão, inclusive atribuindo-lhe efeitos parciais;
- b) em Portugal: a decisão tem força obrigatória geral, produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, bem como determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado; sendo a inconstitucionalidade superveniente e a declaração só produz efeitos a partir da entrada em vigor da norma constitucional posterior;
- c) na Grécia, a decisão proferida no caso concreto tem força obrigatória para os tribunais em geral e produz efeitos a partir da data em que é proferida, mas a Corte pode lhe dar efeito retroativo.¹⁰²

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 112-113.

¹⁰² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade, p. 32

3.3. Vantagens e desvantagens dos dois modelos de controle de constitucionalidade

Tanto no modelo difuso quanto no concentrado é possível encontrar vantagens e desvantagens¹⁰³.

Quanto ao modelo difuso, milita em seu favor a eficácia e a rapidez da decisão no caso concreto; a possibilidade de o lesado por ato inconstitucional defender-se, direta e imediatamente, sem ter que aguardar ação de autoridades públicas – daí porque entendemos ser o modelo mais democrático de controle de constitucionalidade; a natureza jurídica e não política da questão de inconstitucionalidade. Em contrapartida, esse modelo apresenta como desvantagens a desarmonia dos julgados com a conseqüente desvalorização das decisões jurisdicionais de declaração de inconstitucionalidade; a diluição do poder de controle pelas centenas de juízes e tribunais, com o risco do não acatamento das decisões pelos órgãos públicos, legislativos e administrativos; o descrédito popular diante de decisões díspares; a multiplicação das demandas e o conseqüente ônus para os cidadãos.

Entendemos conveniente destacar as críticas que Mauro Cappelletti faz ao método difuso de constitucionalidade. A introdução deste método nos sistemas jurídicos da Europa denominados de *civil law*, em que não existe o princípio típico dos sistemas da *common law*, o *stare decisis*, acarreta uma conseqüência perniciosa na medida em que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Também poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional, acarretando, assim, situação perniciosa para os indivíduos, para a coletividade e para o Estado na medida em que cria um conflito entre órgãos judiciários e gera incertezas do direito.¹⁰⁴

¹⁰³ Ver nesse sentido: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade, p. 30-31.

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis...*, p. 76-77.

Além desses inconvenientes, complementa o doutrinador, há ainda nos ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, a necessidade de que, “mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo.”¹⁰⁵

Para evitar tais inconvenientes, Mauro Cappelletti cita o exemplo da Suíça, que atribuiu a um órgão supremo da justiça ordinária um poder de decisão com força para se estender além do caso concreto e anular, com eficácia *erga omnes*, a lei considerada infraconstitucional, porém, observa, “(...) se cria, então, um sistema que está, no mínimo, a meio caminho entre o ‘difuso’ e o ‘concentrado’ de controle”.¹⁰⁶ Por essa razão, nos Países de *civil law*, à exceção da Suíça, o controle difuso não alcançou sucesso.

Tais insucessos foram evitados nos Estados Unidos da América e em outros países de *common law*, em que vigora o controle difuso de constitucionalidade, porque lá vige o fundamental princípio da *stare decisis*, assim:

O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais ou federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes*. (...) Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘*on the books*’, é tornada ‘*a dead law*’, uma lei morta.¹⁰⁷

Ao concluir, o autor apresenta uma crítica ao controle difuso quando utiliza o princípio do *stare decisis*. O sistema adotado pelos Estados Unidos, no início, pregava

¹⁰⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 78.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis...*, p. 79.

¹⁰⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 80-81.

que com o controle da constitucionalidade das leis não haveria a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, visto que o problema da inconstitucionalidade das leis seria resolvido no terreno da pura interpretação das leis,

não invasão do juiz na esfera do poder legislativo, mas antes, pura e simples não aplicação da lei naquele dado caso concreto. Mas eis, ao invés, que, mediante o instrumento do *stare decisis*, aquela ‘mera não aplicação’, limitada ao caso concreto e não vinculatória para os outros juízes e para os outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira eliminação, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira anulação da lei, além disso, com efeito, em geral, retroativo.¹⁰⁸

O modelo concentrado tem em sua defesa: a certeza do direito, a economia processual, o aprofundamento do exame das questões de inconstitucionalidade, a maior autoridade do órgão fiscalizador. E como desvantagens: o risco de exacerbação do poder do órgão único de fiscalização e a subtração, na prática, da interpretação constitucional, aos juízes e tribunais de um modo geral.

Para amenizar as desvantagens dos dois controles, vários sistemas vêm combinando procedimentos tanto de um quanto do outro. Já vem sendo constatado nas cortes constitucionais a criação de um controle jurisdicional prévio, ou seja, a possibilidade de interveniência do juiz constitucional durante o processo legislativo. E mais, tem-se ampliado os meios para se obter uma declaração de inconstitucionalidade, bem como aumentado o rol dos legitimados para propô-la e, ainda, a criação do controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão (Constituição portuguesa).

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis...*, p. 82.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

4.1. Histórico. 4.2. A fiscalização concreta da constitucionalidade. 4.3. A fiscalização abstrata da constitucionalidade. 4.4. Aspectos e questões fundamentais do controle de constitucionalidade. 4.5. Os efeitos das decisões de inconstitucionalidade. 4.6. Limites da jurisdição constitucional.

4.1. Histórico

Com o objetivo de defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a Constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina controle de constitucionalidade das leis.

As formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas.¹⁰⁹

Quanto ao órgão que controla, pode ser: o político, o jurisdicional e o misto.¹¹⁰

No controle político a verificação da inconstitucionalidade fica sob a responsabilidade de órgãos de natureza política, que podem ser: O Poder Legislativo ou qualquer outro órgão que venha a ser determinado pela Constituição. “Assim, o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões enquadra-se nessa categoria.”¹¹¹

Paulo Bonavides observa que:

Determinados sistemas constitucionais, reconhecendo que o controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos, e confere ao órgão exercitante

¹⁰⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1055 e ss.

¹¹⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 49.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1055.

uma posição de preeminência no Estado, cuida mais adequado cometê-lo a um corpo político, normalmente distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Deixam assim de confiá-los aos Tribunais.

Esse órgão pode ser uma assembléia como um conselho ou comitê constitucional. O País onde tal controle floresceu primeiro foi a França.¹¹²

Gilmar Ferreira Mendes observa que “o veto oposto pelo executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (CF, art. 66, § 1º)”.¹¹³

No controle jurisdicional, denominado *judicial review*, nos Estados Unidos, as constituições outorgam ao Poder Judiciário a faculdade de declarar a inconstitucionalidade da lei e de outros atos do Poder Público que contrariem preceitos ou princípios constitucionais. Esse tipo de controle está generalizado hoje em dia.

No controle misto as constituições submetem certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional. A exemplo desse modelo podemos citar a Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.

Quanto ao modo ou à forma de controle, ele poder ser: *incidental* ou *principal*. No controle *incidental*, conforme observamos anteriormente ao tratarmos sobre o modelo difuso, a questão da inconstitucionalidade é uma questão prejudicial (configura um incidente) que dever ser apreciada pelo Judiciário. Já o controle *principal* “permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei”¹¹⁴

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 299.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1055.

¹¹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 1055. Gilmar Ferreira Mendes ainda cita como exemplo de controle judicial preventivo no Brasil o mandado de segurança impetrado por parlamentar com objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º) (Ob. cit., p. 1056).

No tocante ao momento do controle, ele pode ser: preventivo e repressivo ou sucessivo.

O controle preventivo efetiva-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo. Modelo clássico de controle preventivo é o exercido pelo Conselho Constitucional francês. [...] Exemplos de controle preventivo de constitucionalidade, no nosso sistema constitucional, são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso e o veto pelo Presidente da República com fundamento na inconstitucionalidade do projeto (CF, art. 66, § 1º).¹¹⁵

Como regra, entretanto, adverte Gilmar Mendes, o modelo judicial é de feição repressiva. Somente se admite, em princípio — citando como exemplos os julgamentos da ADI 466/DF, Rel. Celso de Mello e ADI 3367/DF, Rel. Cezar Peluso —, a instauração do processo de controle após a promulgação da lei ou mesmo de sua entrada em vigor. Na ação direta de inconstitucionalidade exige-se que tenha havido pelo menos promulgação da lei.¹¹⁶

No Brasil, na Constituição de 1824 não havia nenhum tipo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis. Vigorava no país, por influência européia, principalmente da Inglaterra e da França, o princípio da supremacia do Parlamento e a concepção da lei como expressão da vontade geral, cabendo portanto ao Poder Legislativo, durante o Império, exercer a guarda da Constituição. A fiscalização jurisdicional ficou obstada durante este período porque, também, havia o *Poder Moderador*, exercido pelo Imperador e responsável pelo controle das três esferas de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário). O papel do Poder Moderador inviabilizava qualquer tipo de controle por parte do Judiciário.¹¹⁷

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1055-6.

¹¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 1056.

¹¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 80-81.

A Constituição de 1891 instituiu o sistema jurisdicional e, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, abrigou o controle difuso, por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente. Essa Constituição em seu artigo 59, parágrafo 1º, alínea “a” atribuiu “ao Supremo Tribunal Federal competência para conhecer e julgar o recurso interposto quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela. A Lei Federal 221 de 20.11.1894 veio definir de forma mais completa o modelo de controle ao estatuir que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.¹¹⁸

As constituições posteriores à de 1891 foram introduzindo novos elementos que aos poucos foram se aproximando do sistema concentrado e se distanciando do puro controle difuso.

A reforma constitucional de 1926 não trouxe maiores alterações ao tema, reforçando a competência do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1934, mantendo as regras do critério difuso em seu art. 76, *a* e *b*, trouxe três inovações importantes: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 7º, I, *a* e *b*), sendo o Supremo Tribunal Federal o único órgão competente para julgá-la; a regra de que só por maioria absoluta de votos dos seus membros os tribunais (federais ou locais) poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição ao Senado Federal da competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato do sistema, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, via recurso extraordinário.¹¹⁹

¹¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 83-84.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 51; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade, p. 33-34; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 85.

O sistema de declaração de inconstitucionalidade por todos os juízes e tribunais quanto à exigência da observância do quórum especial e da suspensão pelo senado Federal do ato declarado inconstitucional, pelo STF, foram incorporados pela Constituição de 1946 (arts. 101, III, *b e c*, 200 e 64), pela Constituição de 1967/69 (arts. 119, III, *a, b, c*, 116, e 42, VII) e pela Constituição de 1988 (arts. 97 e 52, X).¹²⁰

A Constituição de 1937 procurou atenuar os inconvenientes da supremacia do Judiciário, estatuiu em seu art. 96 que: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se êste a confirmar por dois terços de votos de cada uma das câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal”.¹²¹

A inclusão de tal dispositivo na Constituição de 1937 deve ser compreendida dentro do contexto histórico vivido no Brasil, que havia passado por um golpe e vivia em uma ditadura. E como acontece em todas as ditaduras, houve um fortalecimento do Executivo. “Ora, no contexto do Estado Novo. O Executivo assumiu nítida preeminência, na medida em que, afinal, o Legislativo não foi convocado. Sem o Poder Legislativo, coube ao próprio Executivo atuar, mediante decreto-lei, a faculdade prevista no art. 96, parágrafo único.”¹²²

A Constituição de 1946 vem reforçar o caráter híbrido do sistema brasileiro com a criação da ação direta de inconstitucionalidade, de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal e legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República.

Ela traz o país novamente aos braços da democracia, “não reproduziu o parágrafo único do art. 96 da Carta anterior, garantindo assim a pureza da doutrina

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1116.

¹²¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, Reimpressão fac-similar do Ministério da Justiça, 1997, p. 30.

¹²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 86.

americana, mais uma vez incorporada, em sua plenitude, ao sistema constitucional brasileiro, voltando-se, destarte, àquele panorama jurídico, de que falava Rui Barbosa, em que ‘na ordem da autoridade o Supremo Tribunal está acima de tudo’”.¹²³

O Senado Federal tem competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por *decisão definitiva* do Supremo Tribunal Federal (Art. 52, X, CF/88).

A Emenda Constitucional 16 de 26.11.1965 instituiu a fiscalização abstrata da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais e acrescentou às competências do Supremo Tribunal Federal a “de processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.¹²⁴

A Constituição de 1967 manteve o sistema de fiscalização das Constituições anteriores, trazendo apensadas duas pequenas alterações: não manteve o dispositivo trazido pela Emenda 16/65, autorizador da representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual; e na representação interventiva a competência para suspender o ato estadual foi, nos termos do art. 11, parágrafo 2º, transferida do Legislativo para o Presidente da República.¹²⁵

A Emenda 1 de 1969 admitiu a instituição pelos Estados-membros de representação interventiva para provocar a fiscalização da constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios sensíveis na Constituição Estadual, nos moldes do modelo federal.¹²⁶

A Emenda Constitucional 7/77 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo e, também,

¹²³ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, p. 31.

¹²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 88.

¹²⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 89.

¹²⁶ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

previsão expressa de medida cautelar (liminar), solicitada pelo Procurador-Geral da República, nas representações encaminhadas por essa autoridade.¹²⁷

A Constituição de 1988, além de manter a disciplina das constituições anteriores, acrescenta várias inovações: disciplina em linhas gerais e de modo restrito um sistema jurisdicional para garantir a supremacia das constituições estaduais; admite, em certa medida, um controle político mais amplo, paralelamente ao controle jurisdicional híbrido, que se apresenta por meio do veto presidencial (art. 66, parágrafo 1º) e a sustação de atos normativos do Poder Executivo por parte do Congresso Nacional (art. 49, V); institui o controle da omissão ou inércia inconstitucional (art. 103, § 2º); amplia a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão (art. 103), já que antes essa legitimação só pertencia ao Procurador-Geral da República. Outra novidade veio com a EC 3, de 17.3.93: a ação declaratória de constitucionalidade.¹²⁸

Assim, a Constituição Federal de 1988 combinou tanto o controle difuso quanto o controle concentrado. Vejamos como funciona:

i) diante do caso concreto, por via de exceção a questão de inconstitucionalidade pode ser suscitada, incidentalmente; neste caso a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é declaratória e produz, no caso concreto, efeitos *extunc*; a lei (ou ato jurídico) continua em vigor e produzindo efeitos normais; o processo no qual foi suscitada a questão pode subir ao Supremo Tribunal Federal via Recurso Extraordinário (art. 102, III); se por maioria de votos a Corte decidir pela inconstitucionalidade tal decisão será encaminhada ao Senado Federal para que haja a suspensão da eficácia da norma, no entanto, é bom lembrar, que tal ato não revoga a lei.

ii) por via de ação direta genérica, realiza-se o controle da lei ou ato normativo federal ou estadual; o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para julgá-la; a legitimação para propor a ação, não é exclusiva de um órgão público, como bem se pode observar no artigo 103 da Constituição, ao contrário, cabe a algumas pessoas ou órgãos; em relação aos efeitos, a decisão declaratória do Supremo Tribunal Federal fulmina a lei ou ato normativo, é geral e obrigatória.

¹²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 89-90.

¹²⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade, p. 35; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 51.

Em síntese, são modalidades do controle concentrado: a ação declaratória, de constitucionalidade, a de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade, que abrange três modalidades:

i) a interventiva, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do STF (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV), ou estadual por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV); interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município;

ii) a genérica: de competência do STF, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, com o objetivo de expulsar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical, com o intuito de defender o princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, a, e 103, incisos e § 3º); e de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º);

iii) a supridora de omissão: do legislador que deixar de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos caso em que determina a Constituição; do administrador, que não adote as medidas necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º); são legitimados para propô-la os mesmos elencados no rol do art. 103; os efeitos da decisão são *ex nunc*; a decisão é declaratória e mandamental.¹²⁹

Importante ressaltar que o controle de inconstitucionalidade por omissão, no sistema brasileiro se faz, também, por via do mandado de injunção. Porém, a competência do seu julgamento não é concentrada em um único órgão, pela própria finalidade do instituto é ela determinada pelo nível da autoridade omissa. Quanto à legitimação para propor o mandado de injunção prevê-se que é do titular do direito ou liberdade que não possa usufruir daquilo que lhe concedeu a Constituição, por inércia daqueles que deveriam

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 52 e ss.

criar a norma regulamentadora para viabilizá-los. A decisão do STF é declaratória e mandamental.¹³⁰

4.2. A fiscalização concreta da constitucionalidade

A fiscalização concreta da constitucionalidade não se manifesta apenas por via de exceção ou de defesa. Há países como a Alemanha, por exemplo, que adotam espécie de fiscalização concreta provocada por meio de ação direta, como no caso do *recurso constitucional*. No Brasil, a ação direta interventiva certamente autoriza a realização de um tipo concreto de fiscalização da constitucionalidade, cuja finalidade não é propriamente a proteção do direito constitucional objetivo (como acontece na ação direta genérica), mas antes a solução de um conflito federativo envolvendo o Estado-membro e a União ou o Município e o Estado-membro.¹³¹

Quanto aos meios pelos quais os litigantes podem submeter ao Judiciário uma questão de constitucionalidade, é importante mencionar como isso ocorre nos Estados Unidos, devido a forte influência que o sistema norte-americano teve sobre o sistema brasileiro.

Como visto anteriormente, nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade das leis é feito por meio do sistema difuso, ou seja, a fiscalização é concreta; o Judiciário, no curso de qualquer demanda, pode apreciar questão de inconstitucionalidade, argüida *incidenter tantum*, como questão prejudicial de mérito;

¹³⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade, p. 37-38. Convém ressaltar que a partir do julgamento dos MI 670 e 708, ambos de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, e 712 de Relatoria do Min. Eros Grau, todos julgados em 2007, e que tratavam sobre a ausência de norma regulamentadora do direito de greve do funcionalismo público, houve uma mudança no posicionamento do STF quanto ao caráter de sua decisão, que antes era meramente mandamental e passa, naqueles casos *sub judice*, a ter caráter constitutivo, na medida em que decidiram que a lei que regulamentava a greve na iniciativa privada serviria de guarida para amparar o direito de greve do funcionário público, diante da inércia do legislador. “Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1273)

¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 92.

cabendo, portanto, ao órgão judicial, ao decidir a questão prejudicial, declarar a inconstitucionalidade da lei. O controle é feito por via de exceção (via de defesa), assim a arguição quanto à inconstitucionalidade é feita no curso de um processo; não há ataque direto à lei inquinada de vício, ataca-se, primeiramente, o fato ou a conduta que será praticada com base na lei.

São três os meios pelos quais os litigantes podem levar ao Judiciário uma questão de constitucionalidade¹³²:

- 1) a exceção de inconstitucionalidade;
- 2) o recurso ao procedimento de equidade, que é o pedido à Corte de uma *injunction* que proíba aos funcionários públicos dependentes do Poder Executivo, obrigados ao cumprimento de lei argüida de inconstitucional, sua aplicação ou mera tentativa de aplicação; e
- 3) o uso do procedimento da sentença declaratória, que visa regular direitos e situações legais para as controvérsias, através dos julgamentos declaratórios.

No Brasil, que teve forte influência da experiência constitucional norte-americana, o sistema de controle de constitucionalidade adotado foi o modelo difuso.¹³³ O Decreto n. 848, de 11/10/1890, previa que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte”¹³⁴; admitiu inicialmente que na fiscalização incidental “o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a se defender contra ele, se a autoridade tentar submetê-lo à sua aplicação. Pede, apenas, ao juiz, em uma demanda determinada, que, para decidir a questão *sub specie juris*, considere inexistente a lei reputada inconstitucional”.¹³⁵ Assim, a “inconstitucionalidade

¹³² Cf. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 22; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 94-94; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade....*, p. 92-95; JAFFIN, George H. Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 38, v. 86, p. 282 e ss., abr. 1941.

¹³³ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, p. 99.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1112.

¹³⁵ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 100.

não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute”.¹³⁶

Assim, a via incidental exigia um comportamento passivo do interessado e essa inércia só seria quebrada “com a propositura de ação em que interesse ou direito seu estivesse em jogo. Aqui, sim, caberia, para robustecer a defesa, argüir a exceção de inconstitucionalidade enquanto questão prejudicial de mérito”.¹³⁷

Com as modificações ocorridas no sistema brasileiro, assim como no norte-americano, acabou-se por admitir que não seria necessário aguardar a aplicação da lei para que o lesado pudesse agir, é “aceitável, também em matéria constitucional, a provocação do Judiciário para o fim de evitar lesão a direito”¹³⁸, ainda que a questão de inconstitucionalidade não represente objeto principal do processo, tal como ocorre na ação direta genérica; sua decisão, entretanto, exige que seja analisada preliminarmente a questão de inconstitucionalidade.

Em nosso país, a instituição das garantias constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança coletivo ampliou, consideravelmente, a via de defesa ou de exceção contra ato ou omissão inconstitucionais, admitindo-se, inclusive, a utilização desses remédios em caráter preventivo.¹³⁹ O mesmo se diga em relação ao reconhecimento da legitimidade da ação declaratória ordinária como o instrumento processual para obter a pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato em desconformidade com a ordem constitucional.¹⁴⁰ A ação popular, que se constituiu em forma judicial própria para

¹³⁶ BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 81.

¹³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 96.

¹³⁸ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

¹³⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 101 e 105-110; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1114.

¹⁴⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 102-105; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1114.

provocar o controle jurisdicional da constitucionalidade, veio coroar a ampliação significativa do controle concreto.¹⁴¹

É bom ressaltar que na fiscalização subjetiva da constitucionalidade o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas uma relação jurídica que, envolvendo a aplicação de uma lei cuja validade é contestada frente à Constituição, exige a apreciação da questão constitucional.¹⁴² A questão constitucional pode ser levantada no processo de conhecimento, de execução ou cautelar; pode ser “deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no *habeas corpus* e no *habeas data*, podendo também ser suscitada na ação civil pública”.¹⁴³

Podem provocar a questão de inconstitucionalidade todos aqueles que integrem a relação processual, ou seja, o autor, o réu, os terceiros interessados e o Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal¹⁴⁴.

Quanto à competência, decidirá a questão incidentalmente suscitada o juiz ou tribunal competente para, em primeiro ou em grau de recurso, processar e julgar a causa. Importante ressaltar, que o artigo 97 da Constituição em vigor manteve a exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais – *Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte* –, que havia sido introduzida pela Constituição de 1934 (art. 179) e reproduzida nas subseqüentes (CF de 1937, art. 96; CF 1946, art. 200; CF de 1967/69, art. 116). Essa exigência causou polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-

¹⁴¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. rev. amp. e aumen. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁴² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *A inconstitucionalidade da lei municipal*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 23.

¹⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 97.

¹⁴⁴ BITTENCOURT, Carlo Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 113; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1117.

se sobre a inconstitucionalidade. “Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional.”¹⁴⁵

Em relação ao procedimento tem-se que não há normativa específica dispondo sobre o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade no primeiro grau de jurisdição; a questão de inconstitucionalidade no primeiro grau será resolvida como todas as demais questões prejudiciais de mérito que emergem no processo para fundamentar uma pretensão ou a resistência a uma pretensão deduzida em juízo por alguém.¹⁴⁶

Já nos tribunais, tanto os regimentos internos quanto o próprio Código de Processo Civil tratam do procedimento. De acordo com o Código de Processo Civil (CPC), argüida, a qualquer tempo, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público a ser aplicado à decisão da causa, pouco importando se em processo de competência originária ou recursal, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo (art. 480, CPC). Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida a questão, entretanto, será lavrado acórdão para submetê-la ao Tribunal Pleno (art. 481, CPC), ou ao órgão especial (art. 97 da CF). “Dá-se a cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie.”¹⁴⁷

No órgão fracionário a arguição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada por inadmissível ou improcedente, nos seguintes termos:

i) a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público;

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1117; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 104-105.

¹⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 105.

¹⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 5, p. 50.

ii) a questão de inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa; e

iii) a arguição será improcedente se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional.¹⁴⁸

O Plenário somente poderá se pronunciar acerca do que foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre questão julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara.¹⁴⁹

A decisão do Plenário, de acordo com as Súmulas 513 do STF, é irrecorrível e vincula o órgão fracionário no caso concreto¹⁵⁰ incorporando-se ao “julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável”¹⁵¹.

Resolvida a questão constitucional pelo plenário do tribunal ou pelo órgão especial, o processo volta ao conhecimento da câmara ou turma para decidir o mérito da causa.¹⁵² Ressalte-se, porém, que o art. 97 da Constituição de 1988 determina que se proceda à juntada do acórdão proferido no Pleno ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de, no caso de interposição de recurso extraordinário, o STF entender que não pode conhecer do apelo extremo por ausência de peça essencial para o julgamento definitivo.¹⁵³

O parágrafo único do art. 481, do CPC, determina que está dispensada a submissão da questão constitucional ao tribunal pleno ou ao órgão especial, nas hipóteses

¹⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 46-48.

¹⁴⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 53.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1119;

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 54.

¹⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 105-106; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1117-1119.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1119.

de o próprio Tribunal já ter adotado posição ou, ainda, no caso de o plenário do Supremo Tribunal Federal já ter se pronunciado sobre a controvérsia (declaração de inconstitucionalidade).

E se o STF tiver se manifestado no sentido da constitucionalidade da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal *a quo* haverá necessidade da juntado do acórdão da declaração de inconstitucionalidade para que o recurso extraordinário seja conhecido? De acordo com o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

Se é permitido que o órgão fracionário não submeta ao plenário do Tribunal a questão de constitucionalidade quando já houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão no sentido de inconstitucionalidade (CPC, parágrafo único do art. 482), [...] manter a citada exigência quando o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela constitucionalidade da lei parece configurar desmedido formalismo.¹⁵⁴

Desse modo, se o Tribunal já houver analisado controvérsia sobre a constitucionalidade de determinada norma, bastará que o acórdão recorrido extraordinariamente contenha elementos suficientes para que se verifique a identidade entre a matéria debatida no Tribunal de origem e a apreciada no STF. Este seria, portanto, o pré-questionamento exigido para o conhecimento do recurso extraordinário.¹⁵⁵

Após o exame da constitucionalidade da norma pelo Pleno, não mais se espera qualquer modificação de seu entendimento. Para confirmar esse entendimento, quando se trata de declaração de inconstitucionalidade, a partir desse momento deve-se efetivar a comunicação ao Senado Federal. E mais, tratando-se de juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, dá-se início à aplicação do disposto no art.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1122.

¹⁵⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 1123.

557¹⁵⁶ do CPC, que de certo modo é uma forma brasileira de atribuição de efeito vinculante às decisões do Tribunal.¹⁵⁷

No Supremo Tribunal Federal o procedimento para a declaração incidental de inconstitucionalidade encontra-se previsto nos arts. 176, 177 e 178 do respectivo Regimento Interno. Dispõe o art. 176 que “Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.”

Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independentemente de acórdão, depois da manifestação do Ministério Público. O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição Federal.¹⁵⁸ A publicação da resolução suspensiva pelo Senado Federal é o “ato que, segundo a concepção dominante, atribui eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade no modelo incidental”.¹⁵⁹

Quanto aos efeitos, declarada a inconstitucionalidade da lei a consequência será “a ineficácia do ato legislativo, em face da recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos que lhe são submetidos”.¹⁶⁰

Da declaração incidental de inconstitucionalidade decorre, para o caso, a nulidade do ato e, por isso, a decisão judicial fulmina a relação jurídica fundada no ato

¹⁵⁶ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1122.

¹⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 111.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1125.

¹⁶⁰ BITTENCOURT, Carlo Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 133.

viciado desde o seu nascimento, continuando, entretanto, a lei a vigorar e a produzir efeitos em relação a outras situações, a menos que, do mesmo modo, haja a provocação da tutela judicial pelos interessados.¹⁶¹

No Brasil – diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, em face da regra *stare decisis*, em que declarada a inconstitucionalidade de uma lei, *incidenter tantum*, pela Suprema Corte americana, ainda que formalmente a lei inconstitucional permaneça em vigor, integrando o corpo legislativo do país, praticamente ela se transforma em uma normativa morta, despida de eficácia jurídica – não vigora a tese de obrigatoriedade da decisão definitiva de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, na hipótese da fiscalização incidental. No direito nacional não existe a força do precedente como no direito anglo-americano.¹⁶²

Talvez para contornar a inviabilidade do efeito vinculante nas decisões de inconstitucionalidade pronunciadas, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, “o Constituinte de 1934 (CF, art. 91, IV) outorgou ao Senado competência para, suspendendo a execução do ato normativo, conferir efeito *erga omnes* à decisão definitiva da Excelsa Corte”.¹⁶³ Esse dispositivo, que foi repetido na Constituição de 1988, em seu artigo 52, X, foi a maneira de o constituinte emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários¹⁶⁴, tentando prevenir a reprodução de tantas demandas quantos fossem os interessados agravados pelo ato inconstitucional¹⁶⁵.

Convém destacar, porém, que o Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, pois não tem competência para isso, seu ato político somente empresta eficácia *erga omnes* à decisão do STF proferida em caso concreto.¹⁶⁶

¹⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 113.

¹⁶² *Id.*, *ibid.*, p. 114.

¹⁶³ *Id.*, *ibid.*, p. 115.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1127.

¹⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 116.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1131.

O STF, no tocante à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, entende — diferentemente do que ocorre com as demais instâncias que só poderão declarar a inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa — que deve ele emitir juízo quanto à validade da norma, ainda que esta se mostre dispensável à solução da controvérsia.¹⁶⁷

4.3. A fiscalização abstrata da constitucionalidade

Diferentemente do que ocorre no controle difuso, na ação direta de inconstitucionalidade, que se realiza por meio do controle concentrado, busca-se não o julgamento de uma relação jurídica específica, de uma situação particularizada, mas a validade da norma, *in abstracto*.

A ação direta de inconstitucionalidade tem por objetivo defender a ordem jurídica como um todo, fazer prevalecer o princípio da supremacia constitucional, por isso o processo é objetivo, não existindo defesa de interesses subjetivos. Os legitimados, em tese, não estão defendendo interesses próprios, mas a preservação da Constituição.

Quanto à legitimidade ativa, no controle concentrado, a Constituição brasileira de 1988 com a EC n. 45/2008 ampliou o rol (taxativo) dos legitimados para sua propositura. Segundo o art. 103 são legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal do Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inácio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1126. Verificar nesse sentido o MS 20.505/DF Rel. Néri da Silveira, julgado em 30/10/1985; RE 102.553/DF, Rel. Francisco Rezek, julgado 21/8/1986; SE-AgRg 5.206, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/12/2001; AO 499, Rel. Maurício Corrêa, DI de 1/8/2003.

Entendemos, acompanhando o entendimento de Zeno Veloso, que foi uma pena não ter incluído o cidadão como um dos legitimados, pois o Estado Democrático de Direito, “estaria mais afirmado com a legitimação, a qualquer cidadão, para ingressar no STF, com ação direta de inconstitucionalidade, especialmente para proteção e garantia dos direitos individuais que tenham sido desconhecidos ou restringidos por leis ou atos normativos”.¹⁶⁸ Entretanto, reconhecemos o caos que geraria no STF, com a quantidade de ações que poderiam ser propostas.

O Direito Constitucional Comparado demonstra que há uma limitação quanto aos entes legitimados para propor o controle abstrato.

A legitimação conferida pela Constituição em seu artigo 103, IX à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, gerou certa polêmica, pois o STF firmou entendimento no sentido de que não bastava que tais entidades demonstrassem a existência de um interesse de agir, de índole subjetiva, mas uma vinculação das suas finalidades estatutárias com a lei ou o ato normativo que almejam impugnar. “Não podem, então, esses entes privados, perante o STF, alegar a inconstitucionalidade de toda e qualquer norma, mas somente, daquelas, que lhes dizem respeito, das que tenham uma relação com os interesses das categorias ou classes representadas”.¹⁶⁹ E, assim, o STF restringiu a legitimidade das entidades sindicais a um critério de pertinência técnica, ferindo o princípio da igualdade, já que não exige tal critério a outros órgãos elencados no artigo 103, e acabou fazendo limitação que a Constituição não faz, além de transformar o processo que era objetivo em subjetivo.

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade está regulado na Lei 9.868/99. Apresentaremos agora algumas das peculiaridades desse procedimento:

Proposta a ação direta, não se admitirá desistência (art. 5º), tal preceito se justifica, pois como já foi dito, trata-se de um processo objetivo, em que está em jogo a supremacia da Constituição, e mais, sendo a natureza da ação direta de

¹⁶⁸ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 69-70.

¹⁶⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 74.

inconstitucionalidade jurídico-pública, o legitimado que a propôs não poderá dela dispor. Não se admite a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade (art. 7º).

Importante preceito traz a lei em seu artigo 22 ao definir que a decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros. Há a necessidade de que o acórdão se dê por maioria absoluta. Seis ministros representam a maioria absoluta do STF, que é composto de 11 Ministros, atendendo-se, assim, a exigência do art. 97 da Constituição Federal.

O artigo 24 da lei prevê que: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”. A ação direta de inconstitucionalidade é um processo de natureza dúplice ou ambivalente e isso fica bem evidenciado com a regra do supramencionado artigo.

O parágrafo único do artigo 28 prescreve: sendo a decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade, o pronunciamento do STF, por si só, opera *erga omnes*, com efeito retroativo, desconstituindo, *ex tunc*, a norma impugnada, inclusive, com efeito vinculante.

Por tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) não há exigência de a decisão ser comunicada ao Senado Federal, para que ele promova a suspensão da execução da lei (CF, art. 52, X). Essa comunicação só é exigível na hipótese de declaração de inconstitucionalidade diante do caso concreto, por via de controle incidental.

Vale lembrar que no controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode agir *ex officio*, portanto, independentemente de alegação de parte, afastando a aplicação da lei ou do ato normativo, no caso em julgamento. No controle abstrato, aplicando o mesmo

princípio – *jura novit curia* –, o STF poderá decidir baseando-se em outras normas, e não nas normas que foram apontadas pelo autor. Mas façamos aqui importante ressalva, o juiz estará agindo *ex officio* quanto à possibilidade de reconhecer outras normas que estejam afrontando a Constituição que não as indicadas na petição do autor, visto que, nos Tribunais, não está o Plenário adstrito aos fundamentos indicados na arguição do autor da ação direta.¹⁷⁰

Quanto à imprescritibilidade, a ação direta de inconstitucionalidade não tem prazo para que seja proposta. Vale dizer, não há prescrição nem decadência para o controle de constitucionalidade. Para tanto, prevalece até hoje a Súmula 360 do STF. “Em nosso direito e doutrina civilística, temos graus de invalidade: a nulidade e a anulabilidade. A sanção, em regra, para a inconstitucionalidade, é a nulidade. E as leis nulas, bem como os atos nulos, não prescrevem jamais.”¹⁷¹

Na Espanha, os legitimados têm de ingressar com a ação no prazo de três meses, para deflagrar o controle concentrado das normas. Em Portugal, tratando-se de processo de fiscalização abstrata, a apreciação da inconstitucionalidade pode ocorrer a qualquer tempo. Na Alemanha não há prazo estabelecido para a instauração do controle abstrato de normas.¹⁷²

Quanto à medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição Federal traz em seu artigo 102, I, *p* que compete ao STF julgá-la. Concedida a medida cautelar, fica suspensa a vigência da lei ou do ato normativo objeto da questão, até decisão final. Enquanto, em regra, na ação direta, a decisão de mérito tem efeito *ex tunc*, a medida liminar, de regra, tem efeito *ex nunc*.

No artigo 11, § 1º da Lei 9868/99 vem descrito que a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal

¹⁷⁰ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 88-89.

¹⁷¹ *Id.*, *ibid.*, p. 94.

¹⁷² *Id.*, *ibid.*, mesma página.

entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Vale lembrar que a decisão que concede a medida cautelar opera efeito *erga omnes*.

Concedida a liminar, fica suspensa a vigência da norma impugnada, mas de forma provisória, não definitiva, e sem retroatividade. [...] Se, afinal, for confirmada a decisão, com a declaração de inconstitucionalidade, aí sim, o efeito da sentença se projeta para o passado, desconstituindo-se a norma questionada, desde o seu nascimento.¹⁷³

Outro importante efeito da concessão da medida cautelar, previsto no parágrafo 2º do art. 11 da referida lei, é tornar aplicável a legislação anterior, acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

4.4. Aspectos e questões fundamentais do controle de constitucionalidade

De acordo com o art. 102, I, *a*, da CF/88 os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica, cuja competência para processar e julgar originariamente é do STF, são a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Assim, os atos municipais, por via de ação direta, são impugnáveis apenas no plano estadual (em face da Constituição Estadual); os estaduais são impugnáveis no plano local, quando contrariem dispositivo constitucional estadual e, no plano federal, quando colidam com preceito ou princípio presente na Constituição Federal; os distritais, por sua vez, são impugnáveis por via de ação direta apenas perante o STF e unicamente quando editados pelo Distrito Federal no exercício da competência legislativa estadual. Já os atos federais são atacáveis perante o STF, por via da ação direta.¹⁷⁴

¹⁷³ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 100.

¹⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 183. Destaca-se que a Lei 9.882/99, em seu art. 1º determina a arguição de descumprimento de preceito fundamental “quando for

Vale lembrar que apenas os atos normativos do Poder Público são passíveis de ação direta de inconstitucionalidade, assim “excluem-se do controlo da constitucionalidade as normas de natureza privada (regulamentos de associações, regulamentos de empresas). Se infringirem a Constituição são actos ilícitos, susceptíveis, como tais, de impugnação judicial, mas não de controlo da constitucionalidade.”¹⁷⁵

A regra que vale para o direito português também é válida para o direito brasileiro: “O controle abstrato de constitucionalidade somente pode ter como objeto de impugnação atos normativos emanados do Poder Público [...] a ação direta de inconstitucionalidade só pode ser ajuizada em face de órgãos ou instituições de natureza pública”.¹⁷⁶

Quanto ao momento em que se opera a fiscalização constitucional no Brasil, ele é eminentemente *a posteriori*, ou seja, tal fiscalização é repressiva, sucessiva. E a jurisprudência do STF tem inadmitido a fiscalização abstrata preventiva como ocorre em outros países, “a provocação da jurisdição concentrada, entre nós, ocorrerá após a promulgação e publicação do texto normativo combatido”¹⁷⁷, conforme visto anteriormente ao tratarmos sobre o momento do controle.

relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores À Constituição”.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1998, p. 1013.

¹⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 183, nota de rodapé n. 97. Ver nesse sentido os julgados: ADIn 1434-SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.8.1996; ADInMca 1254-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14.8.1996.

¹⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 184-185. De acordo com o entendimento do STF “O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. [...] A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias – não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. [...] As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o

Quanto ao sentido do termo lei constante do artigo 102, I, *a* da Constituição Federal, a determinação nem sempre é fácil, porém a locução ato normativo, também constante no citado artigo, dá a ideia de ato do poder público que veicula uma norma.

A doutrina brasileira tem se fundado na noção de generalidade.

Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então a doutrina vai identificá-lo como lei material. Se ao contrário, o ato legislativo contiver preceitos concretos, então a doutrina vai chamá-lo de meramente formal. A lei material, no caso, tanto pode emanar dos órgãos dotados de competência legislativa como da Administração Pública. Quanto à lei meramente formal, emanará, sempre, dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante”.¹⁷⁸

Os atos material e formalmente legislativos não podem ser diretamente impugnados, salvo por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Mas podem, todavia, suscitar controle incidental de inconstitucionalidade, para o fim de justificar impugnação de relação jurídica construída com fundamento nesses mesmos atos. O mesmo ocorre com os atos materialmente legislativos. Assumam a forma de regulamento, ou outra qualquer, esses atos não podem ser, perante o Judiciário, diretamente hostilizados, exceto mais uma vez na hipótese de ação direta de inconstitucionalidade, quando cabível.¹⁷⁹

Já as leis meramente formais configuram verdadeiros atos administrativos que podem de fato ferir imediatamente direitos subjetivos. Neste caso, poderiam utilizar direta impugnação judicial, por qualquer meio processual, inclusive por intermédio do mandado de segurança.¹⁸⁰

controle normativo abstrato e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 186)

¹⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 189-190.

¹⁷⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 189-190.

¹⁸⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 189-191.

Para o STF a fiscalização abstrata incide sobre normas, pouco importando se veiculadas pela lei ou por outro instrumento. Logo, os atos legislativos que produzem apenas efeitos concretos (constituindo norma e execução de norma ao mesmo tempo) não podem, à luz da jurisprudência da Corte, ser objeto da fiscalização abstrata.

Em despacho do Ministro Celso de Mello podemos verificar mais amplamente o posicionamento do STF:

Todos sabemos que o controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre os atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa, cabendo assinalar, neste ponto, que a noção de ato normativo, para efeito de sua fiscalização em tese, requer, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, também a constatação de seu necessário coeficiente de generalidade abstrata sem prejuízo da indispensável configuração de sua essencial impessoalidade (RTJ 143/510, Rel. Min. Celso de Mello). É por essa razão que atos de efeitos concretos não expõem, em nosso sistema de direito positivo – e na linha de diretriz jurisprudencial firmada por esta Corte –, à possibilidade jurídico-processual de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (RTJ 108/505, RTJ 119/65, RTJ 139/73).

Quanto ao controle dos atos anteriores à Constituição, “A inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à sua contradição com as regras formais ou processuais do tempo da sua elaboração”.¹⁸¹

O Brasil não admite a ação direta contra ato normativo já revogado. O STF entende que “a revogação superveniente do ato normativo prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, independente da existência de efeitos residuais concretos em face da própria natureza jurídica do controle normativo abstrato, em cujo âmbito não se discutem

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1169. Importante mencionar que o art. 11 da Lei 9882/99 determina que: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

situações jurídicas de caráter concreto ou individual”. (ADIn 1203-7-PI, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.04.1995)

Claro se nos apresenta o entendimento do STF de que não se trata de inconstitucionalidade, mas de revogação. Ademais, ele não aceita a tese de inconstitucionalidade superveniente, ou seja, do ato normativo que, constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo em virtude da atuação do poder de reforma constitucional (caso específico de Portugal) ou do próprio poder constituinte.

A lei é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição, inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, revoga-as.¹⁸²

Posicionamento diverso e voto vencido tinha o Ministro Sepúlveda Pertence, já que entendia que as teses de revogação e da inconstitucionalidade não são excludentes. Quanto a isso, vejamos as lições de Canotilho:

A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade). Como se escreveu noutro lado, ‘um tribunal não pode certamente aplicar uma norma de direito pré-constitucional contrária à Constituição, pois ela deixou de vigorar, mas só a pode considerar revogada ou caducada depois de a ter considerado contrária à Constituição.’¹⁸³

¹⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 220. Ver nesse sentido o estudo de Paulo Brossard, *A Constituição e as leis a ela anteriores*. In: Arquivos do Ministério da Justiça 180: 125-148.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1168.

Canotilho adverte, ainda, que:

A extensão do controlo ao direito pré-constitucional (inconstitucionalidade superveniente) não oferece hoje dúvidas perante a norma inequívoca do art. 2900.º/2. E o facto de as leis ordinárias anteriores inconstitucionais terem deixado de vigorar com a entrada em vigor da Constituição não significa a inutilidade de uma declaração expressa de inconstitucionalidade a efectuar pelo órgão com competência para esse efeito.¹⁸⁴

Em relação aos demais atos que são passíveis de controle abstrato, temos, de acordo com as lições de Clèmerson Merlin Clève¹⁸⁵:

- As Emendas à Constituição sujeitam-se à fiscalização abstrata da constitucionalidade;
- Quanto às emendas de revisão (art. 3º do ADCT) devem sujeitar-se aos mesmos limites da Emenda;
- No tocante às leis delegadas, a fiscalização da constitucionalidade incide tanto sobre a lei delegante (resolução) quanto sobre a lei delegada propriamente dita.
- O controle de constitucionalidade incide indistintamente sobre as medidas provisórias como sobre as respectivas leis de conversão;
- Os decretos legislativos (matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional) e as resoluções (matéria de competência privativa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, além de outras do próprio Congresso) substanciam atos legislativos. Dispõem, portanto, de força de lei. Desde que veiculem atos normativos, estão sujeitos à fiscalização abstrata da constitucionalidade;
- Os tratados internacionais – o tratado regularmente incorporado ao direito interno;
- Atos normativos estrangeiros – o direito estrangeiro não pode ser objeto de fiscalização abstrata da constitucionalidade;

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1168.

¹⁸⁵ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 197-218.

- Regulamentos – não se admite ação direta de inconstitucionalidade contra regulamentos ou atos normativos que desbordam dos parâmetros da lei;
- Regimentos dos Tribunais – no campo reservado ao regimento há um espaço subordinado à lei e um campo independente de lei (matéria relativa ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos). Neste, eventual incursão legislativa (ato legislativo formal) poderá constituir hipótese de inconstitucionalidade, por isso se trata de matéria reservada à normativa regimental. No tocante às normas regimentais, tanto podem ofender a lei processual (e aqui haverá ilegalidade) como podem ofender diretamente a Constituição; neste último caso podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade;
- As sentenças normativas – as sentenças normativas não podem constituir objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade. “Tais atos, embora normativos, submetem-se exclusivamente ao regime jurídico dos atos jurisdicionais, desafiando impugnação apenas por meio dos recursos normalmente oferecidos contra esse tipo de manifestação do Poder Estatal; e
- As convenções coletivas de trabalho – as convenções veiculam verdadeiras normas jurídicas heterônomas, aplicáveis a terceiros, o que é próprio das leis (sentido material e formal), nem por isso podem, no Brasil, ser objeto da fiscalização abstrata.

4.5. Os efeitos das decisões de inconstitucionalidade

Para verificar a compatibilidade vertical da norma infraconstitucional com a Constituição Federal é necessária a interpretação da norma impugnada e a interpretação da Constituição, especialmente no que toca a suposta violação:

a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que se adapte à Constituição Federal. Assim, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente

conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.¹⁸⁶

Segundo Canotilho “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela”.¹⁸⁷

Assim, não terá cabimento a interpretação conforme a Constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, porque, se de outra maneira fosse, o Poder Judiciário estaria atuando como legislador positivo ao criar um novo texto de lei, substituindo o Poder Legislativo (leis) ou o Poder Executivo (medidas provisórias).¹⁸⁸

“A finalidade dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional”.¹⁸⁹

Para Jorge Miranda a *interpretação conforme a Constituição* (ou interpretação da lei em face da Constituição) é tema próximo da interpretação constitucional, embora distinto, pois não é uma regra de interpretação, mas um método de fiscalização da constitucionalidade. Assim, segundo ele, a interpretação conforme a Constituição não consiste, então, tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, embora não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.¹⁹⁰

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 274.

¹⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 230.

¹⁸⁸ Cf. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional*..., p. 274-5.

¹⁸⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 275.

¹⁹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, t. II, p. 263.

Zeno Veloso, por sua vez, entende que “quando utiliza este mecanismo de controle da constitucionalidade, elegendo a alternativa interpretativa que é compatível com a Carta Magna, o órgão jurisdicional está afirmando que a norma impugnada é constitucional, com a interpretação que a concilia com a Lei Fundamental, e, por conseguinte, está declarando a inconstitucionalidade do dispositivo, segundo a interpretação que apresenta antagonismo à Constituição”.¹⁹¹

Assim, segundo esse autor, quando há essa espécie de controle jurisdicional o texto normativo permanecerá íntegro e inalterado. O que será determinado é que são ilegítimas algumas hipóteses interpretativas, eliminando-as, dada sua incompatibilidade com a Constituição, indicando, outrossim, o sentido da norma que se harmoniza com a Constituição.¹⁹²

Ao utilizar o método da interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional atua como legislador negativo, emitindo um juízo de inconstitucionalidade parcial, ao eliminar, por incompatibilidade com a Carta Magna, algumas possibilidades interpretativas. Vejamos o posicionamento do STF:

O princípio da interpretação conforme a Constituição é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o próprio Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. (Julgamento da Representação 1.417/DF, rel. Min. Moreira Alves em RTJ 126/48).

¹⁹¹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 171.

¹⁹² *Id.*, *ibid.*, p. 171.

A interpretação conforme a Constituição é uma decisão que pode ser tomada tanto no controle incidental ou concreto quanto no controle abstrato de normas. Ademais, o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99 determina que no exercício do controle abstrato de normas, a decisão do STF de interpretação conforme a Constituição tem eficácia contra todos e efeito vinculante.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, questiona-se: a lei inconstitucional é inexistente, nula ou anulável? A sentença que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo retroage ou é válida dali para frente?

Tais questões são amplamente debatidas pela doutrina. Há entendimentos que defendem a tese da anulabilidade, como o de Hans Kelsen, por exemplo, que entende que dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, pois uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas anulável. Isso porque quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente, e, assim, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.¹⁹³

Para o mestre vienense, a anulabilidade pode ter diferentes graus: em regra uma norma jurídica somente é anulada com efeitos para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Porém, poderá também ocorrer de ser anulada com efeito retroativo, de forma tal que o efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos. Assim, a lei foi válida até a sua anulação, portanto não era nula desde o início.¹⁹⁴

No STF há um julgado de 1977, da lavra do Ministro Leitão de Abreu que compactua da tese kelseniana. Vejamos:

¹⁹³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 367 e ss.

¹⁹⁴ *Id.*, *ibid.*, mesmas páginas.

[...] Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo. (Julgamento do RE 79.343/BA, em 31.05.1977, Min. Leito de Abreu)

Para Lúcio Bittencourt as relações jurídicas que se constituírem, de boa-fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem a coisa soberanamente julgada perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguraram a imutabilidade; os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, devido um decreto judiciário.¹⁹⁵

José Afonso da Silva – que cita os posicionamentos de Alfredo Buzaid, Ruy Barbosa e Francisco Campos, para quem lei adversa à Constituição é absolutamente nula – sustenta que:

a doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transportada para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais, e, em realizada, não importa por si só na ineficácia da lei.¹⁹⁶

Celso Ribeiro Bastos argumenta que:

não há uma necessidade inexorável de fazer retroagir a declaração de inconstitucionalidade à promulgação da lei (efeito *ex tunc*), porque não há qualquer liame lógico em fazer corresponder a data do surgimento do vício com

¹⁹⁵ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 147.

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 52-3.

a da sua subtração do ordenamento jurídico, observando que o direito não tem somente uma dimensão lógico-formal, mas enfrenta as realidades impostas pela dinâmica da vida e do próprio direito.¹⁹⁷

Apesar do posicionamento doutrinário e também do posicionamento do Ministro Leitão de Abreu, a doutrina dominante e a jurisprudência majoritária do STF são de que a lei declarada inconstitucional, em ação direta, é nula de pleno direito, tendo a sentença eficácia *ex tunc*, invalidando-se, conseqüentemente, todos os atos praticados com base na lei inconstitucional.¹⁹⁸

Tal posicionamento fica evidenciado na ADIn 652/MA, rel. Min. Celso de Mello:

“Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.”

Vejamos como o problema tem sido enfrentado pelo Direito Comparado.

Em Portugal, o art. 282, 1 de sua Constituição enfrenta diretamente a questão:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.¹⁹⁹

¹⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 85.

¹⁹⁸ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 184.

¹⁹⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 1º fev. 2011.

A Constituição portuguesa traz, ainda, em seu art. 282, 4, preceito de suma importância, seguindo tendência universal quanto à modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade:

“Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2”.²⁰⁰

Como bem observa Canotilho:

“o n. 4 do art. 282 é uma norma de particular importância, pois, ao permitir-se ao TC a ‘manipulação’ dos efeitos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, abre-se-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente *normativos*”.²⁰¹ Para Jorge Miranda se trata de “uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização”.²⁰²

No sistema jurídico brasileiro tem destaque o art. 27 da Lei 9.868/99 que, inspirado nesse preceito da Constituição portuguesa, permite a modulação dos efeitos da decisão, conforme verificaremos mais adiante.

Na Alemanha, desde 1970 passou-se a admitir que o Tribunal Constitucional declare a inconstitucionalidade da lei sem a pronúncia da nulidade da mesma, suspendendo a aplicação da norma, mas admitindo que ela regule alguns casos pretéritos. Lá também se realiza a interpretação conforme a Constituição, escolhendo dentre as interpretações possíveis da norma, aquela que se harmoniza com a Lei Fundamental, rechaçando as interpretações incompatíveis com a Carta Constitucional.²⁰³

²⁰⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 1º fev. 2011.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1075.

²⁰² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 500.

²⁰³ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 187.

Na Espanha, a sentença que declara a inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e *ex tunc*. Há igualmente um forte movimento, para que, diante de certos fatos e circunstâncias dê o Tribunal, pontualmente, efeito prospectivo e não retroativo à sentença que declara a inconstitucionalidade.²⁰⁴

Consideramos de extrema relevância a possibilidade de a Corte poder manejar os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, a fim de evitar que algumas decisões acabem por causar mais danos e inquietações do que benefícios e vantagens ao organismo social, porém é necessária atenção para evitar que se incorra em outro excesso, não menos nocivo, o de prender-se em considerações exclusivamente políticas, abandonando o seu papel fundamentalmente jurídico.

Podemos garantir que a inclinação mais importante do controle jurisdicional da constitucionalidade, quanto aos efeitos da declaração, é fugir do rigorismo técnico-jurídico, das posições inflexíveis e dogmáticas, considerando as conseqüências práticas e políticas, a justiça do caso concreto, permitindo que o Tribunal, com prudência e cautela, exerça um poder normativo, determinando a eficácia da decisão a respeito da constitucionalidade.²⁰⁵

No Brasil a Lei 9.868/99 em seu art. 27 traz o seguinte posicionamento:

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

²⁰⁴ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p.188.

²⁰⁵ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

Em relação a tal dispositivo o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca alguns pontos relevantes²⁰⁶:

- O primeiro fica consignado que o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e írrito; é contra a índole do direito admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado; portanto a decisão pode ‘restringir’ os seus efeitos, por exemplo, considerando válidos atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de devolver o que percebeu em razão de tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado; donde resultará a inutilidade do controle. Não é mais rígida a Constituição brasileira;
- O segundo registra que não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa, para empregar a lição de Pontes de Miranda. Sim, porque a decisão não irá apenas declarar um fato – estar a lei viciada de inconstitucionalidade – mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos;
- O terceiro, o controle de constitucionalidade assumiu um caráter político e nele se pretende que o Supremo Tribunal Federal atue como órgão político; e
- Por último, diz respeito a uma apreciação de conveniência e oportunidade – de mérito, no sentido administrativo do termo. É uma apreciação tipicamente política. E subjetiva, porque admitir que haja razões de segurança, ou de interesse social, qualificado de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas.

E conclui o doutrinador: “Disto tudo decorre, mais uma vez, a conclusão de que o Supremo Tribunal se torna uma terceira Câmara do Poder Legislativo”.²⁰⁷

Para Zeno Veloso a prescrição do art. 27 da Lei 9.868/99 é uma exceção, trata-se de circunstância extraordinária, pois a regra continua sendo a da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, com as necessárias consequências desta projeção

²⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, p. 11-12.

²⁰⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 12.

retroativa da decisão. Assim, observados os rigorosos pressupostos legais [havendo motivos gravíssimos, razões de segurança jurídica, ou para atender a situação de excepcional interesse social, desde que pelo voto de dois terços de seus membros (oito ministros)] há a faculdade de o STF restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só produza efeitos a partir da data de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.²⁰⁸

Assim, a permissão para que o STF, em casos especiais, promova a manipulação dos efeitos da sentença, desvinculou a inconstitucionalidade da nulidade.

Quando o STF extingue a vigência da norma impugnada para o futuro, os efeitos da inconstitucionalidade já não se equiparam aos da nulidade, mas se assemelham aos da revogação da norma.²⁰⁹

Com relação ao efeito vinculante, Alexandre de Moraes aponta que:

- Seguindo a orientação da emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu efeito vinculante à ação declaratória de constitucionalidade, a nova lei previu o obrigatório respeito das decisões do STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade;
- Em relação ao legislador, os efeitos vinculantes atuam no sentido de impedir que editem novas normas com idêntico conteúdo ao daquela anteriormente declarada inconstitucional: ou ainda, normas que convalidem os efeitos da norma declarada inconstitucional ou anulem os efeitos da decisão do STF;
- No tocante aos juízes e tribunais, restará afastado o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que estarão vinculados não só à decisão do STF – pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em face do caráter dúplice da ação – mas também à interpretação constitucional que lhe foi dada à norma, nas hipóteses de

²⁰⁸ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 195.

²⁰⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 196.

interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto;

- O próprio STF estará vinculado aos efeitos de sua decisão abstrata de constitucionalidade, pois, uma vez declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, não há a possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação da existência de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação constitucional.
- As autoridades administrativas não poderão aplicar a norma declarada inconstitucional, ou no caso, de improcedência da ação, deixar de respeitar as normas declaradas constitucionais, e deverão pautar suas condutas pela interpretação dada pelo STF.”²¹⁰

Zeno Veloso, por seu turno, entende que:

está implícito que o efeito vinculante da decisão se estende aos outros órgãos do Poder Judiciário, excluído o próprio STF. Não há pois, uma autovinculação. [...] Não seria bom que o Pretório Excelso ficasse acorrentado a uma determinada decisão, por ele mesmo, tomada, no controle jurisdicional de constitucionalidade, deixando de ver e considerar as realidades da vida, as transformações sociais, políticas, econômicas, as outras concepções e exigências que tenham surgido e que determinem mutações informais na Constituição, ficando congelada aquela sentença, que era coerente com o estágio do direito da época em que foi proferida, mas que se encontra em vivo combate com uma nova ordem jurídica, ditada pelo decurso do tempo, pelo desenvolvimento, pela história.²¹¹

Além de ocorrer nas hipóteses de procedência (inconstitucionalidade) ou improcedência (constitucionalidade) da ação direta de inconstitucionalidade, a vinculação

²¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais...*, p. 272-3.

²¹¹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade...*, p. 199-200.

obrigatória também ocorrerá nas seguintes situações: interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto.²¹²

Para garantir a autoridade de suas decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o STF admite a utilização de reclamação (CF, art. 102, I, *l*).

Em relação à expansão da declaração de inconstitucionalidade, questão bastante interessante é a de saber se o STF pode estender a declaração de inconstitucionalidade a outras normas, havendo correlação entre estas e a norma impugnada.

4.6. Limites da jurisdição constitucional

Ao Judiciário compete dizer o direito, pois a ele compete a jurisdição. Assim sendo, vez por outra ele tem de apreciar ato de outro Poder, que nos dizeres do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho “não o faz, contudo, para controlar, fiscalizar este outro Poder, mas apenas para assegurar o império da lei”.²¹³ (*Op. cit.*, p. 23)

Cabe ressaltar que na concepção clássica de separação de poderes o Judiciário não pode interferir no *mérito* do ato de outro Poder. Não é de sua alçada examinar do ângulo da conveniência ou da oportunidade os atos, comissivos ou omissivos do Legislativo ou do Executivo. “É o que exprime a famosa doutrina do ‘ato político’ ou ‘ato de governo’ a limitar a apreciação pelo Judiciário dos atos de outros Poderes”.²¹⁴

²¹² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*..., p. 274-275.

²¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política ou politização da justiça. In: *Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, nº 1, 1994, p. 23.

²¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988..., p. 24.

Questão da maior relevância e ponto mais delicado da doutrina clássica diz respeito ao *controle de constitucionalidade das leis*. Aqui se encontra a polêmica sobre a esfera de atuação, o “controle” do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, sua legitimidade, pois quando a lei – ato por excelência do Legislativo, para o qual contribui ordinariamente o Executivo pela sanção – é recusada pelo Judiciário, a discordância entre os Poderes, pelo menos entre Legislativo e Judiciário, é evidente. E como a lei inconstitucional é posta de lado, quem prevalece é o Judiciário.

Outra questão, não menos importante, diz respeito ao ativismo judicial, porém sobre ela falaremos mais adiante em tópico próprio.

Como já tivemos a oportunidade de destacar, a questão que envolve o controle de constitucionalidade das leis foi solucionada pelo juiz Marshall, no famoso caso *Marbury x Madison*, ao afirmar que o Judiciário é simplesmente o guardião da lei, nesse contexto entendida tanto a Constituição quanto a lei ordinária, obedecido apenas o critério hierárquico. Ora, havendo conflito entre a primeira e a segunda deverá, indubitavelmente, prevalecer a primeira.

O papel do Judiciário nesse contencioso (controle difuso) não é julgar ou invalidar a lei ordinária, mas tão-somente não aplicá-la ao caso concreto fazendo prevalecer a lei hierarquicamente superior. A lei ordinária como não foi nulificada, permanece vigendo e tendo eficácia, e apenas no caso decidido deixa de ser aplicada. Portanto, a decisão que a afasta tem efeito *inter partes* e não *erga omnes*.

A lógica de tal doutrina foi acatada pela Constituição brasileira de 1934 que deixou a cargo do Senado Federal o papel de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário.

Foi também atribuído à Constituição de 1934 um tímido esboço de controle direto de constitucionalidade ao tratar pela primeira vez da intervenção federal em Estado, em razão da inobservância dos chamados “princípios constitucionais da União”, somente

tendo lugar depois que o Procurador-Geral da República levasse à Corte Suprema o exame da constitucionalidade da lei que a houvesse decretado.

Coube à Constituição de 1946 dar o encaminhamento necessário. Impôs previamente à decretação da intervenção federal com fundamento na inobservância dos princípios constitucionais da União, a declaração da inconstitucionalidade do ato estadual pelo Supremo Tribunal Federal, a requerimento do Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional 16/65 consagrou a ação direta de inconstitucionalidade, pois instituiu a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Tal fato se deu porque o controle existente até então como exclusivo – controle incidental – apresentava alguns inconvenientes de ordem prática, possibilitando, por exemplo, que pairasse dúvida, por muito tempo, sobre a validade da lei ou ato normativo, que sendo reconhecida no juízo de 1ª instância demorava até a definitiva decisão do STF, além de possibilitar a ocorrência de decisões controversas nos órgãos monocráticos, causando grande insegurança jurídica.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988 o Poder Judiciário adquiriu competência mais ampla.

Foi introduzida a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Aproxima-se desta ação o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), visa a tornar possível o exercício de direitos e liberdades constitucionais inviabilizados por falta de norma regulamentadora. No caso deste dispositivo constitucional, como o texto é deficiente em apontar como será feita a regulamentação para que o indivíduo tenha o seu direito resguardado, o STF relutou a assumir o papel de legislador e lhe deu como consequência a da ação de inconstitucionalidade por omissão: a comunicação da falta de regulamentação legal ao órgão responsável.

Além de tudo isso veio a Emenda Constitucional 3/93 e criou a ação direta de constitucionalidade.

A instituição desta ação causou estranheza e polêmica. Sua inconstitucionalidade foi até aventada. Mas em si mesma esta ação de constitucionalidade não é inconstitucional, embora certamente o seja admiti-la, como fez o STF, sem contraditório. A dispensa deste fere a própria natureza das coisas, além do devido processo legal. [...] sem contraditório, a ação de constitucionalidade não é uma verdadeira ação, passa a ser uma espécie anômala de sanção. A lei – de constitucionalidade duvidosa – sairia do STF sancionada como constitucional. Tal posição revoluciona o papel deste Tribunal como controlador de constitucionalidade, aproxima-o do Conselho Constitucional francês que examina a constitucionalidade da lei, antes de entrar em vigor (podendo sugerir alterações nelas que a tornem compatível com a Lei Magna).²¹⁵

O papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político com a Constituição de 1988.

“No caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade fazem dele um *legislador negativo*, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se um *legislador ativo*”.²¹⁶

Fazendo um paralelo com a distinção clássica de Montesquieu entre a *faculté de statuer* e a *faculté d’empêcher* no processo legislativo, o Judiciário tem, nitidamente, uma faculdade de impedir. Esta faculdade é intrinsecamente política. E, como se verificou, ela cobre todo o campo político, desde o processo eleitoral em que se

²¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988..., p. 33.

²¹⁶ *Id. Ibid.*, mesma página.

selecionam os representantes do povo até o exercício do Poder que se expressa tanto nas leis como nos atos de administração.²¹⁷

A judicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. O aspecto evidente disto está no fato de que, hoje, há juízes que notoriamente guiam suas decisões pela opinião pública.

A politização da justiça – controle externo do Judiciário – tem sido algo desejado no Brasil atual. Evidentemente o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, o que se quer verdadeiramente é politizar a justiça no sentido de reclamar, e impor, aos juízes e tribunais um padrão politicamente correto de decisão. Para fazer valer tal posicionamento invocam a democracia. Os juízes não são eleitos pelo povo, constituem uma aristocracia. Devem ser controlados pelos representantes desse povo.²¹⁸

Cristina Queiroz aduz em sua obra *Os actos políticos no estado de direito*, que:

Alexis de Tocqueville havia já observado que, nos Estados Unidos, as questões políticas tendiam a tornar-se questões jurídicas ao serem trazidas perante a judicatura para decisão. ‘Esta judicialização da política’ comporta perigos, mas possui vantagens indiscutíveis. Os conflitos políticos jurisdicionizam-se, recuperando a constituição o seu carácter de norma jurídica. A constituição apresenta-se como medida política. As decisões políticas encontram nela o seu fundamento e limite. A normatividade da constituição significa justamente isso: a possibilidade de conformação normativa do processo política do poder, a pertença da política a um domínio constitucional. A política torna-se numa

²¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988..., p. 37-8.

²¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 39. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho o posicionamento do Judiciário na Constituição de 1988 muito se aproxima da versão da separação dos poderes de Montesquieu. “Neste ela, tem carácter político e não jurídico. Traduz o ideal do governo misto, procurando equilibrar as relações de poder, por meio de uma divisão em que a atuação política, ou governamental, dependa de três Poderes que encarnam três forças sociais. O Legislativo pelo qual se exprime o povo (ou seus representantes), o Executivo (o rei), o Judiciário (a magistratura, elite profissional). De fato, no livro de Montesquieu, os três Poderes podem reciprocamente paralisar-se, caso não se disponham a caminhar de concerto”. (Poder Judiciário na Constituição de 1988..., p. 39-40)

actividade previsível, mensurável e no limite controlável pelos órgãos jurisdicionais do Estado, *maxime* pelos tribunais de justiça constitucional. Ela torna-se objecto do seu controle quer quanto ao seu conteúdo quer quanto aos limites que sempre deverá observar, sob pena de invalidação dos actos em que se concretiza.²¹⁹

A elaboração jurisprudencial da *Political Question Doctrine*, nos Estados Unidos, como critério interpretativo não significa uma redução ou debilitamento da competência judicial de controle dos tribunais de justiça constitucional. Significa, exclusiva e rigorosamente, a sua renúncia em fazer política, a sua renúncia em intervir no domínio da liberdade de conformação política criadora dos órgãos.²²⁰

Em linhas gerais, o monopólio decisório dos tribunais de justiça constitucional é essencialmente de carácter negativista, traduzindo-se num monopólio de recusa, pelo que a sua quota de participação nas atividades de direção política não pode deixar de ser tida por meramente subsidiária.

Eventualmente pode é aceitar-se que, em determinados casos ou seu desempenho possa vir a traduzir-se na ‘paralisação’ ou na correcção’ (modificação) da natureza política originária das decisões precedentemente tomadas, ainda que sempre com o sentido do restabelecimento da situação constitucional violada. A natureza política de um acto não exclui o seu conhecimento jurídico, nem tão pouco o resultado político desse conhecimento o despoja da sua natureza jurídica.²²¹

A doutrinadora ainda afirma que “sempre que a justiça constitucional ultrapassar a sua medida de controle *as a court* estará a agir inconstitucionalmente e, para mais, no limiar de uma ‘usurpação’ de poderes”.²²²

²¹⁹ QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 206-207.

²²⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 210.

²²¹ *Id.*, *ibid.*, p. 215.

²²² *Id.*, *ibid.*, p. 217.

Quanto às mudanças introduzidas pela EC n. 45/2004 e pela legislação infraconstitucional (Lei 9.868/99) serão examinadas em item posterior.

PARTE II - A REFORMA DO JUDICIÁRIO

5. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

5.1. A necessidade da reforma. 5.2. A reforma do Poder Judiciário no que tange a criação da repercussão geral.

5.1. A necessidade de reforma

No presente capítulo discutiremos brevemente a situação do Poder Judiciário pré-Reforma e mais detalhadamente trataremos da situação do STF, que como afirma André Ramos Tavares²²³

O volume excessivo de trabalho do Supremo Tribunal Federal que sempre foi foco de atenção e preocupação por parte dos estudiosos e, particularmente no Congresso Nacional, tem rendido recentes e constantes propostas de reformas, todas com o objetivo de reduzir-lhe a carga de atividade a patamares considerados sensatos e saudáveis.

A EC n. 45 foi introduzida no sistema jurídico brasileiro como proposta de ampla reforma do Poder Judiciário. Entre os pontos trazidos por ela que podem ser considerados de grande importância, são previstos: a garantia da razoável duração e da tramitação célere do processo; a exigência de atividade jurídica, por três anos, para o ingresso na Magistratura e no Ministério Público (MP); a obrigatoriedade de cursos oficiais para o processo de vitaliciamento de magistrados e dos membros do Ministério Público; a exigência do transcurso de três anos para o exercício da advocacia após o afastamento do cargo ocupado na Magistratura e no Ministério Público; a destinação exclusiva à Justiça das custas e emolumentos arrecadados; o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF; a limitação do cabimento de recurso extraordinário; a criação da justiça itinerante nas justiças Federal, Estadual e do Trabalho; a criação de Câmaras regionais para descentralizar o funcionamento dos Tribunais Federal, Estadual e do Trabalho; a ampliação

²²³ TAVARES, Andre Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, Andre Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 209.

da competência da Justiça do Trabalho; a criação de varas estaduais especializadas em questões agrária; a criação do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho; a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas; a extinção dos Tribunais de Alçada.

O que nos interessa abordar no presente estudo são as mudanças trazidas pela EC n. 45 no tocante à função constitucional do Judiciário, pois como poderemos verificar a estrutura do Poder Judiciário no Brasil – formada por uma dualidade de estruturas judiciárias, composta por dois segmentos básicos (Justiça Estadual e Justiça Federal), a primeira ordinária com competência geral e a segunda com competência discriminada constitucionalmente, dividida, ainda, em Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar e tendo, ao lado dessa estrutura, os Tribunais Superiores – mantém-se em linhas gerais, com discretas alterações desde a Independência e República.

É consenso entre os doutrinadores e de conhecimento geral que o STF estava sobrecarregado de trabalho, afastando-se muitas vezes, por causa desse excesso, de sua real função de guardião da Constituição.

No Brasil pré-Reforma pode-se verificar que o Superior Tribunal Militar julgava um número de processos próprios de um Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Federal era constrangido (juridicamente) a julgar um número de causa compatível apenas com um tribunal comum de cassação/revisão. As prioridades estavam (e provavelmente ainda continuarão, em boa medida) nitidamente invertidas [...].²²⁴

A EC n. 45 – que introduziu o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF e a limitação do cabimento de recurso extraordinário por meio da repercussão geral – talvez tenha como mote reconduzir o STF à sua precípua função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação – na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação. Esse é o entendimento de doutrinadores como Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues

²²⁴ TAVARES, Andre Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário, p. 209-210.

Wambier, José Miguel Garcia Medina²²⁵, André Ramos Tavares²²⁶ apenas para citar alguns.

Porém, será que em nome da redução do excesso de trabalho não teria sido criado um instituto – repercussão geral²²⁷ – que inviabiliza o acesso à justiça e, portanto, feriria o princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional, que é uma cláusula pétrea, já que criou um sistema de filtro que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto?

5.2. A reforma do Poder Judiciário no que tange a criação da repercussão geral

Diante da necessidade de instituição de um filtro para o recurso extraordinário foi necessário todo um processo legislativo²²⁸ que culminou com a EC n. 45/2004.

Consideramos importante resgatar, de maneira sucinta, o histórico do processo que deu origem à reforma que acarretou importante mudança no Poder Judiciário. Para não perdermos de vista o corte metodológico do presente trabalho, nos deteremos à exposição do processo naquilo que interessa à criação do instituto da repercussão geral.

A instituição de um filtro para o recurso extraordinário não estava prevista originariamente no texto da PEC 96, de 1992, cujo primeiro signatário foi Hélio Bicudo, na ocasião deputado federal. No primeiro momento a discussão estava direcionada a modificar a forma de indicação dos membros dos tribunais superiores, extinguir a justiça militar nos âmbitos federal e estadual, extinguir a justiça federal de primeiro grau, com

²²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 373-389.

²²⁶ TAVARES, Andre Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário, p. 209-220.

²²⁷ Já houve no sistema jurídico pátrio um instituto semelhante à repercussão geral denominado arguição de relevância, que analisaremos na presente tese em momento oportuno.

²²⁸ O acompanhamento de todo o processo legislativo, com atalhos para os principais documentos, pode ser encontrado na página: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=14373>. Acesso em: 17 fev. 2011.

modificação na composição dos tribunais regionais federais, e enrijecer os critérios de investidura, vitaliciamento e promoção dos juízes de primeiro grau.

Foi criada uma Comissão Especial, cuja relatoria foi atribuída ao deputado federal Jairo Carneiro, com o intuito de apresentar parecer à PEC 96/1992. O parecer que foi apresentado em agosto de 1996 não previa o ressurgimento da arguição de relevância, apesar de o Ministro Sepúlveda Pertence, à época presidente do STF, tê-la defendido. O parecer do deputado Carneiro sofreu fortes reações especialmente contrárias à súmula vinculante vindas da magistratura, o que inviabilizou a votação do parecer já no âmbito da Comissão Especial. Após três anos a PEC foi arquivada.

Em fevereiro de 1999 houve o desarquivamento da PEC, com relatoria geral do deputado Aloysio Nunes Ferreira e com seis relatorias parciais. A relatoria parcial de estrutura e competência do Supremo Tribunal Federal e da justiça federal foi atribuída ao deputado federal Renato Viana, que em seu relatório se encarregou de erigir a repercussão geral nos moldes em que veio a ser promulgada.

Em maio de 1999 o deputado Aloysio Nunes Ferreira apresentou parecer concluindo pela aprovação da PEC, destacando quanto à repercussão geral, que no texto era tratada como arguição de relevância, o seguinte:

[...] procurando criar filtro para os recursos de natureza extraordinária, reintroduz-se a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucional e federal discutidas nos casos, na hipótese de recurso extraordinário e de recurso especial. É o que já chamamos de “relevância” ou o que os argentinos denominam “transcendência” da matéria.

Hoje, como visto, a interposição de recursos de natureza extraordinária tornou-se comum. Somente no ano de 1998, foram distribuídos 20.594 e julgados 18.115 recursos extraordinários, segundo informações do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. No Superior Tribunal de Justiça a situação não é diferente. No mesmo ano, foram distribuídos 41.574 recursos especiais, tendo sido julgados 35.096. Em ambas as Cortes, só superam em volume os agravos, sendo a demanda em outras espécies de causa de sua competência bem menor, na ordem de centenas de processos. Urge, portanto, o estabelecimento de filtros para tais demandas, sob pena de perpetuar-se essa situação de completa banalização da jurisdição extraordinária.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO manifestou-se favorável ao retorno do requisito da relevância, em palestra proferida nesta Comissão:

Entendo recomendável discutir, ainda, a possível reintrodução em nosso sistema constitucional do instrumento da argüição de relevância, para permitir ao Supremo Tribunal o exercício do poder de selecionar com prudente discricção as causas suscetíveis de exame jurisdicional em sede de recurso extraordinário, à semelhança do que já ocorreu sob o domínio da Carta anterior e do que hoje se verifica no sistema argentino.

O Congresso da Argentina, em 1990, pela Lei Federal argentina 23.774, de 1990, introduziu no art. 280 do seu Código de Processo Civil, o requisito da transcendência, permitindo que esse requisito atue como instrumento de filtragem, de escolha e seleção pela Suprema Corte das causas, em função, precisamente, do seu maior grau de relevância, à semelhança do que já, também ocorre nos Estados Unidos, desde a Reforma Judiciária, introduzida em 1925 pelo Congresso Norte-Americano, refiro-me ao *writ of certiorari*.

[...] o requisito da relevância foi, de certa maneira introduzido em 1931 em nosso sistema de direito positivo pelo Decreto nº 20.106 (...) Foi constitucionalizado em função não do recurso de embargos, mas do recurso extraordinário, como um pré-requisito de admissibilidade. E o saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL mencionava esse aspecto da flexibilidade da solução sugerida pelo Supremo Tribunal Federal para deixar ao seu ponderado critério, mediante um novo requisito, que é a admissibilidade dos recursos extraordinários em função do grau maior de relevância jurídica, econômica, social, cultural das questões submetidas à sua apreciação e afirmava que esse instrumento serviria inclusive para valorizar a própria atividade jurisdicional dos tribunais ordinários, não havendo que se falar em denegação de Justiça, pois até teria havido pelo menos duas manifestações: uma no primeiro e outra no segundo grau de jurisdição.²²⁹ (grifamos)

Importante argumentar neste ponto, antes de continuarmos nossa análise sobre a reforma do Poder Judiciário e a criação da repercussão geral, que os argumentos que dão conta de que não há denegação da justiça, porque houve duas instâncias de decisão anteriores, não nos parece ser a melhor avaliação. Primeiro porque, além dos filtros dos tribunais superiores, o CPC, em seu art. 285-A, abre ao juiz de primeiro grau de jurisdição a possibilidade de julgamento sem a citação do réu, se a matéria controvertida for

²²⁹ Parecer à PEC 96-A, de 1992, do deputado federal Aloysio Nunes Ferreira, disponível na *Revista Jurídica da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/parecer%20relator.htm>. Acesso em: 17 de fev. 2011.

unicamente de direito, e já houver o juiz sentenciado a total improcedência em casos idênticos. Ora, é perceptível que esgotada a atividade decisória, não houve possibilidade do contraditório e da ampla defesa em jurisdição una. E pior, não poderão ser opostos embargos de declaração.

Pois bem, na atividade da advocacia sabemos e percebemos que a dilação probatória em primeiro grau de jurisdição – mesmo em se tratando de matéria de direito – é fundamental para a sentença, mesmo porque a interpretação dada às matérias de direito – que não necessitam da confirmação probatória necessária, e atinente à matéria de fato –, criaram jurisprudências salutareas a partir dos debates necessários ou mesmo por argumentos sobre contratos e documentos levados aos autos, no primeiro grau.

Contratos de longa duração, como os de seguro de vida ou de assistência médica, dentre outros, por óbvio encontram situações diferentes com o passar dos anos, mesmo tendo como base os mesmos documentos da época do estabelecimento da avença.

Desse modo, caberá ao tribunal de justiça uma segunda decisão, sem se ter sido feito o debate que opõem dois entendimentos diversos no primeiro grau.

Pois bem, necessário dizer que em casos como esses nos “sobra” tentar discutir, utilizando os princípios da ampla defesa e do contraditório só em segundo grau de jurisdição. Além do que, nas razões de recurso – que notadamente argüirá que a sentença é injusta (nula não poderá ser por força do mandamento processual) faltarão às razões de recurso uma de suas partes, a de motivação da insatisfação, tendo em vista a falta de divergência para a sentença. Faltará ao recurso a dialeticidade, sem a qual poderá não ser conhecido pelo tribunal de justiça.

Essa pequena análise nos serve para demonstrar que, em verdade, os filtros se iniciam já em primeiro grau de jurisdição, prejudicando sim o acesso à justiça e impedindo ampla defesa e contraditório na base do processo. Exemplos serão trazidos na parte final deste trabalho.

Em continuidade, depois desse breve comentário necessário, se deve lembrar o parecer do deputado Aloysio Nunes Ferreira concluía pelo retorno da arguição de relevância, rebatizada de repercussão geral e estendida ao recurso especial.

Em relação ao recurso extraordinário, a proposta era a seguinte:

“No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal, em procedimento a ser disciplinado em seu regimento interno, examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (art. 102, § 4º).

O deputado Aloysio Nunes Ferreira foi nomeado Ministro-Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, no governo de Fernando Henrique Cardoso, em 1999, e acabou deixando a relatoria da matéria sem que seu parecer tivesse sido votado.

Quem sucedeu o deputado Aloysio Nunes na relatoria foi a deputada federal Zulaiê Cobra que em seu parecer manteve intacta a repercussão geral, apenas ofereceu complementação de voto suprimindo a delegação para que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) regulasse o procedimento da aferição da repercussão geral. A redação proposta era a seguinte:

“No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. E esse, portanto, veio a ser o texto promulgado e inserido na Constituição Federal em seu art. 102, § 3º.²³⁰

De acordo com as lições de Arruda Alvim,

²³⁰ “Comentário corrente nos meios políticos em 2004 dava conta de que o tripé de sustentação da Reforma do Judiciário, cuja primeira etapa se materializava na EC n. 45, de 2004, era a introdução da repercussão geral, da súmula vinculante e do Conselho Nacional de Justiça. Sem dúvida, a reforma não teria saído do papel sem a intervenção pessoal e diuturna de duas das mais elevadas autoridades da República, o então presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, e o Ministro de Estado da Justiça, Marcio Thomaz Bastos.” (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas históricas, dogmáticas e de direito comparado: questões processuais*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 216.)

O que o texto prescreve é que passa ser necessária, para que possa vir a ser admitido e julgado um recurso extraordinário, que a repercussão da matéria discutida seja geral, i.e., que diga respeito a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido, em relação a decisão que contrarie orientação do STF; que diga respeito à vida, à liberdade, à federação, à invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à aplicação de Texto Constitucional) etc., ou, ainda, outros valores conectados a Texto Constitucional que se alberguem debaixo da expressão *repercussão social*.²³¹

Assim, o que se pretende em princípio com o instituto da repercussão geral é dar maior operacionalidade aos trabalhos da Suprema Corte, evitando que ela fique julgando diversos casos subjetivos semelhantes com prejuízo do exercício de seu papel precípua de guardião da Carta Constitucional. Daí a necessidade de o recorrente demonstrar que os interesses discutidos no caso ultrapassam a seara do individualismo para atingir o interesse da sociedade.

Como elemento imprescindível a ser postulado e demonstrado, antes da *admissão* do recurso extraordinário, é preciso que o recorrente evidencie que a questão constitucional nele trazida ao STF tenha nela imantada repercussão geral, diferentemente do que precedentemente se passava, quando, configurados os pressupostos constitucionais e legais de cabimento do recurso extraordinário, este haveria de vir a ser admitido e julgado (Súmula 456 do STF). Em nossa história só não vigorou esse sistema durante o período que existiu a arguição de relevância, em que, igualmente, *somente recursos extraordinários*, por assim dizer, qualificados, é que seriam admitidos e julgados.²³²

A alínea *a* do inciso III, do art. 102 da Constituição contempla uma abertura semântica na expressão “contrariedade à Constituição”, como hipótese de interposição do recurso extraordinário, e isso representa uma extrema amplitude de alcance dos denominados permissivos da interposição do extraordinário em nosso sistema constitucional, na medida em que dela “surge uma das principais causas da interposição abusiva de recursos extraordinários que geraram um estado de coisas que inviabilizou o

²³¹ ARRUDA, Alvim. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.) *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

²³² ARRUDA, Alvim. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, p. 63.

exercício pelo Supremo Tribunal Federal de sua função de guarda precípua da Carta enquanto Corte Constitucional”.²³³

Além da abertura das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário outro problema que contribui para o excessivo número de recursos extraordinários que chega ao STF diz respeito à marcante tendência formalista subjetivista como instrumento de defesa dos interesses das partes. “A modelação subjetivista do recurso extraordinário — prerrepercussão geral —, desse modo, produziu um efeito indesejável e pernicioso: deu azo aos excessos e abusos (como, p. ex., o intuito protelatório do cumprimento das decisões judiciais) do direito de recorrer.”²³⁴

A concepção subjetivista do recurso extraordinário, segundo Ulisses Schwarz Viana, acaba por gerar

[...] custo sociojurídico de difícil mensuração. Contribuindo para o desprestígio da jurisdição constitucional no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Por via reflexa, criou barreiras operacionais ao pleno exercício pelo Supremo Tribunal Federal do controle concentrado, por impossibilidade de imprimir um fluxo decisório célere e constante não só das ações diretas de controle (ADIn e ADC), como também nas arguições de descumprimento de preceito fundamental.²³⁵

A quantidade de recursos extraordinários levada ao STF por meio do controle difuso de constitucionalidade, envolvendo embates constitucionais surgidos incidentalmente nas relações processuais intersubjetivas, é sem dúvida exorbitante e, reconhecemos, que essa carga excessiva de trabalho acaba por prejudicar a função jurisdicional da Corte, gerando uma crise que acaba por resvalar na sua credibilidade como órgão de cúpula do sistema judicial; porém não podemos deixar de mencionar que, em certa medida, se por um lado o instituto da repercussão geral — cujo intuito é tornar a interposição de recursos extraordinários mais objetiva, filtrando os recursos para evitar que a Corte fique envolvida em discussões repetidas — diminui a carga de trabalho da Suprema Corte, liberando-a para se dedicar mais à defesa da Constituição, por outro acaba

²³³ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14-5.

²³⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 15.

²³⁵ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

por dificultar e até prejudicar a defesa de interesses individuais na medida em que o recorrente tem de demonstrar que os interesses presentes no recurso vão além dos interesses individuais.

A expressão *repercussão geral* significa praticamente a colocação de um filtro ou de um divisor de águas em relação ao cabimento do recurso extraordinário, viabilizando-se que o STF só venha a julgar esses recursos na medida em que tenham repercussão geral, deixando de julgar os recursos que não sejam dotados dessa repercussão, ainda que formal e substancialmente pudessem ser aptos à admissão e ao julgamento, e até mesmo julgamento favorável. Como também nem pelo fato de ter sido reconhecida repercussão geral, num caso concreto, o recurso extraordinário respectivo será necessariamente admitido e, *a fortiori*, provido. Evidentemente, poderá vir a ser admitido e desprovido, confirmando-se a decisão recorrida e, com isto, ter-se-á o pronunciamento do STF.²³⁶

Observa, ainda, Arruda Alvim, que o instituto representa

um filtro pelo qual estão genericamente admitidos recursos extraordinários em relação aos quais sejam caracterizados por ter repercussão geral, e, nesse sentido, se está discriminando que somente a questão constitucional em relação à qual se reconheça repercussão geral é que comportará o recurso extraordinário. Todas as questões constitucionais que não sejam dotadas desse atributo, pela EC n. 45, estão excluídas da possibilidade de recurso extraordinário. Este último conjunto de questões constitucionais passou a ser objeto de “veto” constitucional, em que se estabeleceu o não-cabimento de recurso extraordinário.²³⁷

Pelas razões expostas e por outras que serão ainda debatidas neste texto entendemos que o direito individual poderá ser prejudicado, principalmente levando-se em consideração que a repercussão geral é o ápice de um sistema que dificulta o debate jurídico na seara na qual deveria ocorrer. Ademais, consideramos que o instituto da repercussão geral eleva demais a discricionariedade do STF, como veremos adiante.

²³⁶ ARRUDA, Alvim. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, p. 65.

²³⁷ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

PARTE III - A REPERCUSSÃO GERAL

6. REPERCUSSÃO GERAL

6.1. Considerações gerais. 6.2. Antecedentes históricos. 6.2.1. A arguição de relevância. 6.2.2. A jurisprudência defensiva. 6.2.3. Requisito da transcendência no recurso de revista. 6.3. Natureza jurídica da repercussão geral. 6.4. Conceito de repercussão geral. 6.5. Repercussão geral e interesse social. 6.6. Procedimento e efeitos processuais da repercussão geral. 6.7. Repercussão geral no direito comparado: os institutos análogos 6.7.1. O *writ of certiorari* nos Estados Unidos da América. 6.7.2. O recuso de revisão e a *Verfassungsbeschwerde* na Alemanha. 6.7.3. O recurso de amparo na Espanha. 6.7.4. O *certiorari* na Argentina. 6.8. Repercussão geral: conceito jurídico indeterminado. 6.9. Repercussão geral e ativismo judicial. 6.9.1. O ativismo judicial na experiência norte-americana. 6.9.2. O ativismo judicial em sistema de *civil law*. 6.9.3. Alguns exemplos no direito comparado. 6.9.4. Ativismo judicial no Brasil.

6.1. Considerações gerais

A necessidade da criação de um instituto que servisse de filtro aos recursos extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal, via controle difuso de constitucionalidade, que em tese seriam a razão da paralisação e afastamento da Suprema Corte da sua tarefa precípua de guardião da Constituição foi uma das principais razões do surgimento da repercussão geral no ordenamento jurídico pátrio, introduzido pela EC n. 45/2004.

O recurso extraordinário – na visão de vários doutrinadores que serão destacados *infra* –, por ser considerado o gerador do congestionamento que paralisa a ação do STF, acaba por receber com a repercussão geral um caráter mais objetivo, em oposição ao caráter assumido até então, de acentuada tendência formalista e subjetivista.

O STF, antes da entrada em vigor da EC n. 45/2004, que introduziu no sistema pátrio os institutos da súmula com efeito vinculante e da repercussão geral, havia se tornado um destinatário de milhares de recursos extraordinários versando sobre questões constitucionais surgidas incidentalmente em relações processuais intersubjetivas. Controvérsias que quando observadas objetivamente acabavam por revelar a repetição.

O recurso extraordinário, conforme se depreende da previsão estabelecida no art. 102, III, *a a d* da Constituição Federal de 1988, consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância.

Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* americano e introduzido na ordem constitucional brasileira por meio da Constituição de 1891, nos termos de seu art. 59, § 1º, *a*, pode ser interposto pela parte vencida, no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (CF, art. 102, III, *a, b e c*). A EC n. 45/2004 passou a admitir o recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição (CF, art. 102, III, *d*).²³⁸

O recurso extraordinário possui pressupostos bem delineados para sua admissibilidade:

Cabe ao STF apreciar os recursos extraordinários cujas questões debatidas já tenham sido apreciadas pela Corte *a quo*, ou seja, cuja matéria já esteja devidamente prequestionada no Tribunal de origem. Acrescente-se que, por ser um recurso que vise à segurança sistêmica e não à revisão da causa, em concreto, o recurso extraordinário não pode reexaminar a prova dos autos, para lhe dar nova conformação.²³⁹

Assim, o recurso extraordinário se presta a impugnar somente decisões de única ou última instância, das quais não caiba mais nenhum recurso ordinário.

É com a Constituição de 1988 que se acentua o problema quantitativo do Supremo Tribunal Federal — embora a crise numérica que incidia sobre o recurso extraordinário já fosse percebida anteriormente —, que se manifesta de forma mais intensa no sistema difuso, com o aumento substancial de recursos extraordinários e agravos de instrumento interpostos contra decisões que indeferem esses recursos.

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 998.

²³⁹ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

A explicação para a explosão numérica verificada sob a Constituição de 1988 não é única. É verdade que a massificação das demandas nas relações homogêneas é um fator decisivo para essa crise. As discussões que se encetaram em determinado período sobre planos econômicos, sistema financeiro de habitação, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, índices de reajuste do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS podem explicar com certa plausibilidade a multiplicação de demandas, especialmente em um modelo que trata cada controvérsia judicial instaurada como um processo singular. A falta de um mecanismo com caráter minimamente objetivo para solver essas causas de massa permite que uma avalanche de processo sobre um só tema chegue ao STF pela via do recurso extraordinário.²⁴⁰

Dentro desse contexto, que em parte justificou a criação da repercussão geral, passaremos a analisar este instituto, com o intuito de verificar se ele realmente é capaz de funcionar como filtro recursal, a ponto de diminuir significativamente a quantidade de recursos que chegam ao STF, operacionalizando e racionalizando, assim, a função jurisdicional da Suprema Corte; e se ele fere direito individual na medida em que pode inviabilizar o acesso pleno à justiça e, portanto, macular o princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional, que é uma cláusula pétrea, já que cria esse amplo sistema de filtro que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto.

Estaríamos diante de um paradoxo, na medida em que no plano normativo-constitucional se consolidava o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e, no entanto, há tempos se buscam alternativas para descongestionar os órgãos jurisdicionais, evitando o excesso de processos e recursos, visando consolidar a jurisdição na realidade diária dos jurisdicionados?

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1.000.

6.2. Antecedentes históricos

6.2.1. A arguição de relevância

Como antecedente histórico mais específico a doutrina aponta a *arguição de relevância*, criada pela Emenda Constitucional n. 1/69, à Constituição de 1967, que foi responsável por importante mudança nas normas de competência do Supremo Tribunal Federal, a dar o embasamento para a criação do instituto da repercussão geral.

A arguição de relevância da questão federal, que com certa razão se assemelha à *repercussão geral*, foi instituída no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) em 1975, como pressuposto de cabimento de recurso extraordinário, com a finalidade de restringir o número de casos levados à Corte.

O instituto da arguição de relevância viveu durante treze anos no Brasil, só sendo extinto do sistema com a promulgação da Carta Constitucional de 1988. Durante toda sua existência foi marcado pela pecha de antidemocrático, por duas razões: 1) por ter sido criado num momento histórico em que o país vivia sob regime ditatorial; e 2) por ter sido criado com base na competência legislativa primária do STF, que inicialmente extrapolou os limites dados pela Carta Política de 1967 não respeitando as limitações estabelecidas pela Emenda de 1969 (EC n. 1/69) que previa tão-somente a possibilidade de a Corte se valer de critérios concernentes à natureza, espécie ou valor pecuniário da causa

Embora se diga, não sem certa razão, que a arguição de relevância foi o antecedente histórico nacional da repercussão geral, é necessário consignar, de acordo com as lições de Bruno Dantas, que essa semelhança se deve muito mais “às linhas gerais do instituto do que a aspectos propriamente dogmáticos. É que, na realidade, sob a égide da relevância, as *questões constitucionais* eram necessariamente admitidas no embasamento do RE, e a restrição aplicava-se única e exclusivamente no plano do *direito federal infraconstitucional*”.²⁴¹ O que implica dizer que para que a semelhança vislumbrada ultrapassasse o plano metodológico, alcançando a barreira dogmática, a repercussão geral deveria se referir ao recurso especial (Resp) – este sim relacionado atualmente à legislação

²⁴¹ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, p. 250-251.

federal infraconstitucional –, e não propriamente ao recurso extraordinário, já que no regime anterior as questões constitucionais eram presumidamente dotadas de relevância.

É possível, ainda, destacar certa diferença entre os dois institutos – de relevância e repercussão geral – no tocante ao caráter da decisão proferida. Boa parte da doutrina entendia que a decisão proferida na arguição tinha caráter eminentemente político, e não jurisdicional, o que repercutia diretamente no cabimento do recurso de embargos declaratórios e da ação rescisória. Para completar, pairavam distinções simples, mas de substancial importância, para a própria ideia de Estado Democrático de Direito que se vive hoje no Brasil: a fundamentação da decisão e a publicidade da sessão de julgamento.²⁴²

A EC n. 1/69 reestruturou o cabimento do recurso extraordinário — que desde então já representava um problema para a Corte Suprema, devido ao excesso —, conforme podemos observar na redação do art. 119:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
- d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Essa prescrição do art. 119 acabou por influenciar a redação do art. 102, III da Constituição de 1988, que prevê:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;

²⁴² Cf. DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*..., p. 251.

- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A mais importante inovação no sistema de competências do STF veio prescrita no § 1º do art. 119 (EC n. 1/69):

“§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.”

Neste dispositivo encontra-se pela primeira vez a referência ao instituto da arguição de relevância, na medida em que há a remissão expressa ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), o qual deveria estabelecer, nas hipóteses da alínea *a* (ofensa a dispositivo da Constituição ou negativa de vigência de tratado ou lei federal) e da alínea *d* (dar à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Tribunal Federal), a observância à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

A questão da arguição de relevância, entretanto, já vinha sendo tratada no art. 308 do Regimento Interno do STF, com redação dada pela Emenda Regimental n. 3/75, norma que tem o mérito de pela primeira vez tratar do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente entra em vigor a Emenda Regimental n. 2/85 que será responsável pelo maior detalhamento da relevância da questão federal e das substanciais correlações com o instituto da repercussão geral. Vejamos o que dispõe o art. 325 do Regimento Interno do STF, alterado pela Emenda Regimental 2/85:

Art. 325. Nas hipóteses das alíneas *a* e *d* do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário:

- I – nos casos de ofensa à Constituição Federal;
- II – nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal;
- III – nos processos por crime a que seja aplicada pena de prisão;
- IV – nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior;
- V – nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos;

VI – nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito;

VII – nas ações populares;

VIII – nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo, federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura;

IX – nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito;

X – nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material;

XI – em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal.

O art. 328, de acordo com a redação da Emenda Regimental n. 2/85, já determinava como seria a demonstração preliminar da relevância: “A arguição de relevância da questão federal será feita em capítulo destacado na petição de recurso extraordinário [...]”.

Arruda Alvim nos apresenta excelente análise sobre a metodologia aplicada pelo STF para disciplinar a arguição de relevância:

Historicamente (no sistema da arguição de relevância), nas disciplinas iniciais, as exclusões feitas pelo regimento interno do STF elencavam as hipóteses objeto de descabimento, em regra, do recurso extraordinário, mas simultânea ou paralelamente, desde que houvesse o comparecimento da relevância da hipótese excluída, o recurso viria a ser objeto de julgamento; ou seja, a relevância dizia respeito e incidia no universo das hipóteses normalmente excluídas, e deixaria de o ser uma dessas hipóteses, diante da relevância do caso concreto; com a evolução e com o aumento das hipóteses excluídas – o sistema de *excluir nominalmente* as causas passou a ser funcional, porque o número de exclusões foi aumentando –, a definição passou a ser positiva (Emenda do STF n. 2/1985, ao seu Regimento interno), cabendo o recurso nos casos regimentalmente previstos, e, ainda, quando não prevista a hipótese, em relação à qual não cabia o recurso, este passaria a caber, desde que a hipótese se apresentasse como relevante.²⁴³

A arguição não atingiu um grau satisfatório mínimo de eficiência e de operacionalidade. O fracasso do instituto quanto ao fim a que se destinava, ou seja, de ser

²⁴³ ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, p. 94.

filtro recursal para diminuir a carga de recursos extraordinários junto ao STF, ocorreu primordialmente por algumas razões: a vagueza terminológico-conceitual (subjetivismo interpretativo) da expressão relevância da questão federal e a conseqüente discricionariedade (seletividade recursal excessiva atribuída ao STF).²⁴⁴

Outro aspecto que merece destaque no apontamento do fracasso da arguição de relevância, segundo Ulisses Schwarz Viana, diz respeito ao momento em que:

[...] o STF introduz o elenco de situações em que caberia a interposição do recurso extraordinário, pelas alíneas *a* e *d* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional n. 1/69.

Tal elenco de questões autorizadoras do recurso extraordinário acabou por estabelecer casos tão concretos e específicos (art. 325 – na redação da Emenda Regimental n. 2/85 – incisos II a X) que permitiram o trabalho criativo dos advogados no sentido de criar mecanismos para escapar do filtro recursal e dificultar a atuação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de decidir o cabimento ou não de determinado recurso extraordinário.

Deste modo, isto resultou na redução do espaço interpretativo do sentido aberto da expressão “relevância da questão”.²⁴⁵

Tal aspecto foi identificado por Pedro Gordilho:

Como vêem os Senhores, não se adotou o exemplo vindo da Corte Suprema norte-americana, em que o requisito da relevância é exigido para todos os casos. Preferiu-se indicar uma série interminável de situações que, como já se afirmou num dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, retrata na verdade um campo minado entre a nação e a Corte, que dificilmente o jurisdicionado pode percorrer incólume.²⁴⁶

O STF acabou por dar, com sua seletividade interpretativa, uma contribuição para o insucesso do instituto da relevância, fazendo com que a regra curiosamente virasse exceção, ao determinar no inciso XI, do art. 325 o seguinte

²⁴⁴ Cf. LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. In: *Revista de Informação Legislativa*, set. 1965.

²⁴⁵ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral...*, p. 7.

²⁴⁶ GORDILHO, Pedro. Relevância da questão constitucional no recurso extraordinário. In: *Revista do Advogado*, n. 22, Nov. 1986, p. 36.

dispositivo: “[...] em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal”.

6.2.2. A jurisprudência defensiva

A jurisprudência defensiva é outro antecedente histórico do instituto da repercussão geral que merece destaque.

Ela pode ser identificada como instrumentos que foram desenvolvidos originariamente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para reduzir a quantidade de recursos e tornar mais célere seu julgamento. Diz respeito aos casos de cabimento do recurso extraordinário.

A Constituição Federal de 1967 e posteriormente a Emenda Constitucional n. 1/69 apresentaram o caráter aberto dos permissivos da interposição do recurso extraordinário. Assim, ante o elenco abrangente de permissivos da interposição do recurso extraordinário o STF tratou de criar mecanismos defensivos que visavam a redução numérica do julgamento daqueles recursos e também dos agravos de instrumentos deles decorrentes [art. 544 do Código de Processo Civil: “Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso”]. A exemplo desses mecanismos é possível citar:

1) o prequestionamento – Súmula 282 – “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”; Súmula 356 – “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito prequestionamento”;

2) a ofensa reflexa à Constituição, que diz respeito à impossibilidade de análise primária de normas infraconstitucionais;

3) não cabimento de recurso extraordinário em face de acórdão que defere medida liminar (Súmula 735);

4) não cabimento de recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios (Súmula 733); e

5) não cabimento de recurso extraordinário por contrariedade genérica ao princípio da legalidade – Súmula 636: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Gilmar Ferreira Mendes²⁴⁷ destaca, ao comentar a necessidade de filtros para a interposição de recursos extraordinários devido à grande quantidade que asoberba o STF, que algumas medidas foram sendo tomadas antes da entrada em vigor da EC n. 45/2004 que institui a súmula com efeito vinculante e a repercussão geral. São elas:

- A Lei 8.038, de 1990, previu a possibilidade de o relator deixar de admitir o recurso se a matéria já estivesse pacificada pelo Tribunal.
- A Lei n. 9.756, de 1998, acolheu modificação para deferir ao relator, no caso de matéria pacificada, o poder de prover ou desprover o recurso extraordinário por decisão monocrática, cabendo, nessa hipótese, a interposição de agravo, no prazo de cinco dias, para o órgão recursal competente.

Porém, é importante destacar, que mesmo com a jurisprudência defensiva, e sua posterior evolução, não se logrou a pretendida redução, a níveis de razoável operacionalidade decisória (celeridade), dos recursos interpostos ao STF. Muito provavelmente em razão da proliferação dos recursos internos (agravos regimentais, embargos de declaração etc.), bem como pelos efeitos *intra processum*²⁴⁸ (*nos autos do recurso*) e *inter partes* (subjettivos) das decisões denegatórias de seguimento dos recursos, o que não gerava efeitos sistêmicos e abrangentes, pois eram produzidos caso a caso.²⁴⁹

Também a jurisprudência defensiva, criada com o intuito de filtrar a entrada de recursos extraordinários no STF, não logrou o êxito que a questão exigia.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1001.

²⁴⁸ Expressão que significa que os efeitos da decisão não transcendem os limites dos autos do recurso em que é proferida. Assim, a questão constitucional continua sendo analisada em cada recurso individualmente, mesmo que aquela se reproduza pelo mesmo fundamento em outros recursos. (VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral*..., p. 4, nota de rodapé.)

²⁴⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral*..., p. 4.

6.2.3. Requisito da transcendência no recurso de revista

Outro antecedente histórico da repercussão geral é o requisito da transcendência no recurso de revista.

Também por uma questão de excesso de recursos que acabou por gerar acúmulo e agravar a celeridade judicial no Tribunal Superior do Trabalho (TST), foi editada a Medida Provisória n. 2.226/2001, que introduziu no ordenamento processual trabalhista o art. 896-A, prevendo: “Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social e jurídica”.

O termo transcendência comporta um sentido vago e aberto, tal qual a arguição de relevância, que será revelado na jurisprudência do TST “mediante uma margem razoável de discricionariedade judicial, balizada pela ideia de relevância dos reflexos econômicos, políticos, sociais e jurídicos apresentados no caso inserido em determinado recurso de revista”.²⁵⁰

Segundo Ives Gandra da Silva Martins Filho:

O critério da transcendência previsto para a admissibilidade do recurso de revista para o TST dá ao Tribunal e seus ministros, uma margem de discricionariedade no julgamento dessa modalidade recursal, na medida em que permite uma seleção prévia dos processos que, pela sua transcendência jurídica, política, social ou econômica, mereçam pronunciamento da Corte. [...]

A rigor, qualquer procedimento de seleção de causas a serem julgadas pelas Cortes Superiores constitui *juízo de conveniência* e não, propriamente, pronunciamento jurisdicional, uma vez que não se aprecia questão de mérito material ou processual, mas se faz uma avaliação da conveniência, pela repercussão geral do caso ou pela transcendência da matéria, de haver um pronunciamento final da Corte Superior.²⁵¹

²⁵⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral...*, p. 9.

²⁵¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério da transcendência no Recurso de Revista na Justiça do Trabalho – constitucionalidade da MP n. 2.226/01. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 404.

Importante salientar que a Lei n. 11.418/2006, que regulamenta a repercussão geral, inspirou-se no dispositivo da legislação processual trabalhista para criar o § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, destacando a repercussão geral (reflexos) das questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (transcendência da intersubjetividade).

Assim, podemos finalizar dizendo que os antecedentes históricos — de relevância, jurisprudência defensiva e o requisito da transcendência — não lograram êxito na função de filtro dos recursos que são dirigidos ao órgão de cúpula da justiça pátria, não resolvendo o problema grave do excesso de recursos extraordinário que chegam ao STF advindos de instâncias inferiores, buscando solução para questões subjetivas e inter partes. Daí a necessidade de se criar um novo instituto — a repercussão geral —, para solucionar o problema que há décadas vem impedindo a operacionalização da Suprema Corte.

6.3. Natureza jurídica da repercussão geral²⁵²

Diante do disposto no § 3º do art. 102 da CF/88, acrescido pela EC n. 45/2004, do *caput* do art. 543-A do CPC e do *caput* do art. 322 do Regimento Interno do STF fica evidenciada a natureza jurídica da repercussão geral, como sendo um *pressuposto ou requisito para a admissibilidade dos recursos extraordinários*, já que o legislador derivado estabeleceu nos dispositivos acima, respectivamente, que se deve demonstrar a repercussão geral “a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso”; “não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral”; “recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral”.

²⁵² Sobre a natureza e competência para análise da repercussão geral, encontramos no sítio do Supremo Tribunal Federal a seguinte orientação: “A existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada é pressuposto de admissibilidade de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal. Exige-se preliminar formal de repercussão geral, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário. A verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem e do STF. A análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

Assim, segundo nos parece, a natureza jurídica do instituto repercussão geral é de pressuposto específico de cabimento do recurso extraordinário e se insere no juízo de admissibilidade, respeitadas suas peculiaridades, conforme se depreende do dispositivo constitucional que o determina.

Ademais, tendo sido o instituto criado para funcionar como filtro à entrada de recursos extraordinários no STF, é compreensível que tal pretensão só ocorreria com a criação de óbice à própria admissibilidade do recurso.

Para confirmar essa assertiva buscamos nas lições de Bruno Dantas os esclarecimentos: “[...] é na decisão recorrida, somente nela, que se devem buscar as questões constitucionais que, levadas ao conhecimento do STF no bojo de um RE, serão hábeis a oferecer amplo impacto indireto no *grupo social relevante*”.²⁵³

Oportuno mencionar que os requisitos ou pressupostos de admissibilidade dos recursos podem ser divididos em intrínsecos (aqueles relativos à decisão recorrida considerada em si mesma: cabimento, legitimação para recorrer e interesse recursal) e extrínsecos (aqueles relacionados aos fatores externos à decisão recorrida, por exemplo, preparo, tempestividade, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

Há autores que defendem que a repercussão geral pode ser classificada como um requisito de admissibilidade *extrínseco*, especialíssimo para o cabimento do recurso extraordinário.²⁵⁴

Afirma-se que se trata de um requisito de admissibilidade *extrínseco* porque a comprovação de sua presença dependerá de demonstração dos reflexos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos da questão constitucional discutida, que se revelam como fatores externos à decisão recorrida.

²⁵³ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, p. 217.

²⁵⁴ Nesse sentido: COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108. RAMOS, Glauco Gumerato. *Repercussão geral na teoria dos recursos: juízo de admissibilidade*. In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 251-268. SARTÓRIO, Elvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181-189.

Além disso, configura-se como um requisito *especialíssimo* na medida em que o seu exame necessita de uma análise preliminar do mérito do próprio recurso (como ocorre também com a verificação da violação a dispositivo constitucional pra o cabimento do recurso extraordinário), razão pela qual pode-se dizer que a repercussão encontra-se em um plano de cognição diferente dos demais requisitos de admissibilidade.²⁵⁵

Outros doutrinadores, no entanto, entendem que a repercussão geral “[...] está intimamente ligada à própria decisão recorrida e não a aspectos externos como tempestividade ou preparo, afirmar que se refere a requisito intrínseco de admissibilidade é um caminho natural e óbvio”.²⁵⁶

Os apelos extraordinários somente serão examinados em seu mérito se o recorrente demonstrar que a matéria neles contida é dotada do requisito *repercussão geral*. Assim, ausente a repercussão geral da questão constitucional suscitada pela parte recorrente, o STF não procederá a qualquer análise do mérito do recurso extraordinário.

Entendemos que a essência da repercussão geral guarda sintonia fina com a *recorribilidade*, um dos vetores do requisito do *cabimento*. Quando a Constituição concede ao STF poderes para, por dois terços de seus membros, reconhecer a carência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas num determinado RE, e, em consequência, declarar a sua inadmissibilidade, estamos diante de regras meramente procedimentais que conduzirão, no fundo, ao reconhecimento de que a decisão é *irrecorrível*, ao menos em sede extraordinária.

[...] Cumpre registrar que o STF funciona aqui como único legitimado pelo texto constitucional para exercer esse juízo de admissibilidade.²⁵⁷

Corroborara para o entendimento de que a repercussão geral configura como *pressuposto de cabimento* do apelo extremo a seguinte questão: “[...] o reconhecimento de sua presença na questão constitucional debatida não implica o imediato provimento do recurso extraordinário interposto pelo recorrente. Ainda que reconhecida a

²⁵⁵ COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral...*, p. 108.

²⁵⁶ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, p. 217.

²⁵⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 218.

presença da repercussão geral (tornado-se, assim, admissível o conhecimento do recurso), o STF poderá negar provimento ao apelo”.²⁵⁸

Diante dos apontamentos apresentados, é possível destacar uma particularidade criada no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário que não se repete em outros recursos. O dispositivo constitucional exige que a aferição do instituto seja feita pelo STF, logo ao juízo *a quo*, seja o presidente ou o vice-presidente deste tribunal estará diante de um limite material à sua cognição. Assim, o recurso extraordinário poderá ser inadmitido na origem por ausência de qualquer requisito de admissibilidade, exceto a repercussão geral das questões discutidas, pois este exame é privativo do STF; sendo que até o relator do recurso extraordinário no STF enfrentará um limite material à cognição, já que se trata de requisito de aferição necessariamente colegiada (exceto nos casos semelhantes já apreciados pelo colegiado, nos termos do § 5º do art. 543-A do CPC), sendo inviável o reconhecimento monocrático da presença da repercussão geral.

Essa peculiaridade atribuída ao STF, qual seja, a aferição da repercussão geral na questão constitucional objeto de recurso extraordinário, se deve à função política atribuída à Corte pelo legislador constituinte, considerando-a como guardiã da Constituição. Assim, essa função advinda com a entrada em vigor no sistema jurídico do instituto da repercussão geral, vem corroborar com o papel do STF de principal responsável por discutir questões que possam interessar diretamente a um amplo espectro de pessoas.

Está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que dessa forma, o STF será reconduzido à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação – na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.²⁵⁹ A nosso ver, a repercussão geral tem o condão de reforçar a função do STF como poderoso catalisador de sentimentos da sociedade, pois, diante do novo instituto, seus membros têm, agora com ainda mais razão, o dever de manter aguda

²⁵⁸ COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral*, p. 109.

²⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Repercussão geral e súmula vinculante...*, p. 374.

sensibilidade para detectar em casos corriqueiros questões de interesse fundamental da sociedade inteira ou de largos segmentos dela.²⁶⁰

Porém, necessário observar que esse reforço na função da Suprema Corte não pode ser confundida com atribuição de margem de liberdade para que ela decida por critérios de conveniência e oportunidade se deverá reconhecer ou não a repercussão geral diante da questão constitucional posta sob sua análise a partir de um recurso extraordinário, ao contrário:

Uma vez provocada a apreciação pelo STF acerca da presença da repercussão geral na questão constitucional debatida, em primeiro lugar, não se admitirá que este órgão deixe de apreciar a questão constitucional por motivos de conveniência ou oportunidade. Atendidos os requisitos específicos do recurso ordinário, o STF terá que se pronunciar necessariamente.²⁶¹

A questão da discricionariedade judicial na repercussão geral será abordada em item próprio.

Por último, vale aqui mencionar que a finalidade da repercussão geral é delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Assim, o objetivo é uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.²⁶²

6.4. Conceito de repercussão geral

O instituto da repercussão geral traz em si um conceito jurídico indeterminado, na medida em que deixa ao alvedrio do STF, sob critérios objetivos bem

²⁶⁰ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, p. 220.

²⁶¹ COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral*, p. 105.

²⁶² A finalidade da repercussão geral pode ser verificada no sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

definidos — julgamento público e motivado —, o exame de sua presença ou não na questão constitucional debatidas em cada caso concreto.

Analisando o conteúdo semântico de cada uma das palavras que compõem o instituto, temos: o substantivo *repercussão* provém do latim *repercussione*, e significa, segundo o dicionário Aurélio “ato ou efeito de repercutir”. Já o verbo *repercutir*, que também tem sua origem no latim *repercutere*, e significa “fazer sentir indiretamente a sua ação ou influência”.²⁶³ Assim, percebe-se que no vocábulo *repercussão* encontra-se a parcela descritiva do conceito, que consiste em algo possível de apreensão pelos sentidos.

Quanto ao adjetivo *geral*, também nos socorremos do dicionário Aurélio que nos ensina que o vocábulo vem do latim *generale*, e significa: “comum à maior parte ou à totalidade de um grupo de pessoas”.²⁶⁴

Fazendo a junção dos vocábulos *repercussão* e *geral*, temos que esse instituto se refere à necessidade de que as questões constitucionais impugnadas pelos recursos extraordinários tenham a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência.

De acordo com o entendimento de Arruda Alvim, quanto ao significado da expressão, o texto constitucional se relaciona com matéria que:

“[...] diga respeito a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido, em relação a decisão que contrarie orientação do STF; que diga respeito à vida, à liberdade, à federação, à invocação do princípio da proporcionalidade (em relação à aplicação de Texto Constitucional) etc., ou ainda, outros valores conectados a Texto Constitucional que se alberguem debaixo da expressão *repercussão social*.”²⁶⁵

²⁶³ Ambos os vocábulos, *repercussão* e *repercutir*, estão em: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1744.

²⁶⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 984.

²⁶⁵ ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da *repercussão geral*, p. 63.

Como conceito jurídico indeterminado que é, vale lembrar que o seu núcleo conceitual está fortemente vinculado à definição de grupo social.

Vejamos o conceito elaborado por Bruno Dantas para quem a repercussão geral é:

o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico.²⁶⁶

Vejamos também o conceito obtido no sítio do STF:

Repercussão Geral

Descrição do Verbo: A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais

²⁶⁶ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, p. 247-8.

ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria.²⁶⁷

Uma questão constitucional será dotada de repercussão geral, portanto, quando os efeitos da decisão que venha a ser dela decorrente extravasarem a esfera jurídica dos litigantes envolvidos, para alcançar a esfera de toda uma coletividade.²⁶⁸

No conceito acima identificado podemos observar que estão contemplados três pressupostos: 1) a repercussão geral não é requisito de admissibilidade autônomo, mas pressuposto de cabimento do recurso extraordinário; 2) trata-se de pressuposto especial de cabimento que é aplicável exclusivamente ao recurso extraordinário e para o qual é exigido *quórum* qualificado de 2/3 dos membros do STF; e 3) é indissociável do conceito do instituto a imposição por ele gerada de que se examine o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais discutidas no caso terá na coletividade.

O art. 543-A, § 1º do CPC, bem como o art. 322, parágrafo único do Regimento Interno do STF determinam que para efeito da 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.

Desse modo, para configurar a repercussão geral no recurso extraordinário a parte recorrente tem de demonstrar que a questão constitucional discutida ultrapassa a esfera de interesse meramente subjetivo e recai sobre o interesse social²⁶⁹, com reflexos que podem ser:

²⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

²⁶⁸ Cf. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. In: *Revista do Processo*, v. 119, p. 91, 2005.

²⁶⁹ Ver nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 246. BARIONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.) *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 722. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante..., p. 377. SARTÓRIO, Élvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral, p. 187. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Questão de repercussão geral (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal) e a admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 30, 2005, p.159. CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a*

1) *econômicos*, como por exemplo, quando se examinam questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas propostas para discussão de determinados institutos tributários ou previdenciários, cuja solução dada pelo STF possa gerar um direito a restituição ou a reivindicação de valores por um número elevado de pessoas;

2) *políticos*, como por exemplo, quando a decisão da causa puder afetar a política econômica governamental, quando são analisados valores democráticos, relações entre Estados ou organismos internacionais, questões relativas ao sistema financeiro ou à privatização de serviços públicos essenciais;

3) *sociais*, quando, por exemplo, se trata de uma ação coletiva relativa a direitos dos consumidores ou a danos ao meio ambiente, ou quando se discutem cláusulas pétreas eleitas pelo art. 60, § 4º, da CF ou as garantias fundamentais, atinentes aos mais variados direitos e deveres individuais e coletivos, tais como educação, saúde, moradia etc.);

4) *jurídicos*, como por exemplo, quando se examina se uma decisão recorrida contraria súmula ou jurisprudência predominante do Tribunal Superior ou, ainda, nas causas em que se discute direito adquirido ou um determinado instituto jurídico inédito ou de significativo interesse social, ainda que sempre interligados com o direito constitucional; ainda é possível citar algumas matérias na quais o STF já reconheceu a presença da repercussão geral: alíquota progressiva em imposto de transmissão *causa mortis* (RE 562045); base de cálculo de adicional de insalubridade para servidor público (RE 565714); serviço de telefonia – telecomunicações (RE 567454); honorários advocatícios no processo civil de execução (RE 564132); fornecimento de medicamento (RE 566471); e, por último é necessário destacar que se costuma reconhecer a repercussão geral nas hipóteses em que exista um relevante interesse público na apreciação da questão constitucional pelo STF.

EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 159. ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, p. 63. TAVARES, Andre Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário, p. 215. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 753. COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral...*, p. 100.

Portanto, os efeitos do julgamento do recurso extraordinário pelo STF não ficam restritos ao mero interesse das partes processuais envolvidas na demanda, mas não de ultrapassá-lo atingindo interesse de um elevado número de pessoas.

Gláucia Maura Coelho destaca que:

Com isso não se quer dizer que somente as ações coletivas são dotadas de repercussão geral, já que mesmo ações individuais podem envolver questões que repercutam socialmente. Nessa esteira, a repercussão geral igualmente existirá em questões que, embora sem a capacidade de reproduzir-se em uma significativa quantidade de demandas, versem sobre temas fundamentais para a ordem jurídico-constitucional.

Do mesmo modo, também não se quer afirmar que, para que esse requisito esteja presente, os efeitos da decisão do STF, prolatada na causa, devam atingir a todos os brasileiros. Basta que esses efeitos repercutam na esfera de interesses de um considerável número de pessoas ou de um largo segmento social. Daí por que entendemos que não é apenas a *quantidade* (isto é, o alcance numérico da questão discutida) que define a presença da repercussão geral, mas também a *qualidade* (isto é, a profundidade da questão constitucional examinada pelo STF).²⁷⁰

Importante avançarmos a discussão buscando identificar o que vem a ser esse interesse social que deve ser buscado na admissão ou não da repercussão geral no recurso extraordinário.

6.5. Repercussão geral e interesse social

Para a compreensão do impacto subjetivo que está compreendido dentro da expressão repercussão geral é importante estabelecer um conceito do que vem a ser interesse social que deve ser buscado pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer ou não reconhecer a repercussão geral no recurso extraordinário.

Parece-nos claro que quando o legislador constituinte derivado inseriu como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário a necessidade de o recorrente

²⁷⁰ COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral*, p. 99.

demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso objetivava que o conflito de interesses a reclamar a intervenção do STF desbordasse do mero interesse subjetivo das partes envolvidas para atingir indiretamente o interesse de um número grande de indivíduos, daí a expressão *geral* a fazer parte do instituto.

De plano, percebe-se que há, assim, um conflito entre os interesses individual e o geral²⁷¹.

O interesse *individual* diz respeito à esfera jurídica subjetiva de um ou mais indivíduos, enquanto o *geral* está relacionado ao que interessa à coletividade e, portanto, se aproxima do conceito de *social*, já que em ambos o foco é o bem comum.

De acordo com o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso a nota distintiva entre interesse público e interesse social e geral reside “no fato de que, enquanto estes são afetados às noções de coletividade e sociedade civil, naquele predomina a presença do Estado”.²⁷²

Para ele interesse social é:

aquele que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes; noutra banda, o interesse público pressupõe a ingerência do estado na soberana definição do seu conteúdo.²⁷³

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, faz distinção, com base nas lições de Renato Alessi, entre o interesse público em primário e secundário. E observa que o

²⁷¹ Vale aqui a menção de que a esfera geral não é a soma das esferas individuais, razão pela qual há de se ter cuidado com casos em que muitas pessoas litigam no pólo ativo ou passivo, pois o ponto de partida estará sempre nos sujeitos e não na coletividade por eles formada (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, p. 238.)

²⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimidade para agir*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 36.

²⁷³ *Id.*, *ibid.*, p. 29.

interesse social deve ser considerado como interesse público primário e o interesse público o secundário.²⁷⁴

Os interesses público e social deveriam coincidir, já que é de se esperar que o Estado busque priorizar os pontos de interesse considerados mais relevantes pela sociedade. Entretanto, essa situação ideal nem sempre se verifica.

Mas diante do conceito de repercussão geral em que sentido deve ser entendido esse interesse pelo STF?

Para Bruno Dantas na aferição das questões constitucionais dotadas de repercussão geral, “o STF deverá consultar, por meio de seus membros, o *interesse público social* (ou o interesse público primário). Preferimo-lo ao interesse público (secundário), pois, dada a sua maior amplitude, uma decisão nele lastreada se ajustará melhor à exigências constitucional.”²⁷⁵

Ao que nos parece o conceito de repercussão geral é algo diferente de interesse social, é mais amplo. Assim, entendemos que sempre que houver interesse social estará caracterizada a repercussão geral, porém nem sempre a recíproca é verdadeira. Desse modo, uma questão constitucional terá repercussão geral mesmo quando o interesse social esteja frontalmente no sentido inverso. E nesses casos, a “repercussão geral decorrerá ironicamente do fato de a coletividade estar mobilizada contra a questão, o que, por si só, já revela o seu potencial impacto indireto”.²⁷⁶

Para maior compreensão quanto ao interesse social envolvido na análise do intérprete na aferição da repercussão geral é importante considerar as dimensões subjetiva e objetiva do instituto.

Por dimensão subjetiva da repercussão geral devemos compreender a averiguação do grupo social que potencialmente receberá os reflexos da decisão do STF. E

²⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

²⁷⁵ *Repercussão geral*..., p. 239.

²⁷⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 239-240.

por dimensão objetiva, definição das questões constitucionais que de tempos em tempos deverão ser representativas do interesse social.

À dimensão subjetiva cabe examinar qual será o segmento social a ser considerado pelo STF na aferição da repercussão geral. Cumpre esclarecer que a constituição exige generalidade e não integralidade ou totalidade da sociedade. Assim, o intérprete, ao admitir ou não admitir a repercussão geral, deve observar o cenário social que aguarda a decisão e seus respectivos efeitos.

Como exemplos de grupos sociais podemos destacar: os afrodescendentes, os índios, os remanescentes de quilombolas, os habitantes de um determinado Município, Unidade da Federação ou região, os estudantes universitários, os portadores de HIV, os trabalhadores rurais, os artistas, os aposentados, os contribuintes entre tantos outros.

Passemos, então, à análise de algumas situações para enquadrar esses grupos sociais.

Para se obter sucesso na repercussão geral, ao definir o grupo social o STF deve se cercar de cuidados para não cair em casuísmos, que ampliem exageradamente o âmbito de abrangência dos critérios que utilizará, sob pena de acabar prejudicando o instituto, como aconteceu com a arguição de relevância.

Para tanto, o STF deverá verificar previamente, à luz da questão constitucional discutida no recurso extraordinário, a relação fática ou jurídica entre o recorrente e o grupo para avaliar os impactos que sua decisão acarretará no grupo social.

Imaginemos as seguintes situações²⁷⁷: Um servidor público aposentado que interpõe recurso extraordinário ao argumento de que a regra introduzida pelo constituinte derivado que lhe impõe o dever de contribuir com o sistema previdenciário viola o seu direito adquirido. Ainda, um índio da etnia Macuxi interpõe recurso extraordinário argumentando que tem o direito de receber a educação básica no idioma de seu povo.

²⁷⁷ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, p. 242.

É necessário nos dois exemplos acima que o intérprete da repercussão geral identifique na definição do grupo social a relação-base entre o recorrente e o grupo social que poderá vir a experimentar o impacto indireto de sua decisão. Há de ocorrer uma conexão entre o interesse do recorrente e possíveis interesses do grupo social.

E quando o interesse individual se confrontar com o interesse da coletividade? Como será a solução? De acordo com as lições apuradas até o presente momento, nos parece que haverá aferição da repercussão geral em favor do interesse coletivo em detrimento do interesse subjetivo e por essa razão entendemos que haverá prejuízo aos direitos individuais em face do direito da coletividade, conforme caso prático que será analisado no capítulo final da presente tese.

E quanto à expressividade numérica do grupo, é questão relevante para a aferição da repercussão geral? Como fica essa questão diante das minorias?

O ideal é que o grupo social relevante seja numericamente representativo da sociedade brasileira, característica, aliás, da repercussão geral, que é filtrar questões muito subjetivas, e a tendência é que o recurso extraordinário passe a ser instrumento processual hábil a discutir questões mais genéricas, deixando as questões mais particulares às instâncias ordinárias.

No que diz respeito à dimensão objetiva da repercussão geral — aquela na qual o intérprete deverá buscar as espécies de matérias que, de tempos em tempos, a coletividade elege como prioritária —, nos resta uma dúvida, será que a Corte irá reconhecer a repercussão geral “automaticamente” quando o recurso extraordinário versar sobre matérias que impliquem a interpretação e a aplicação dos princípios constitucionais sensíveis, dos direitos fundamentais e dos princípios norteadores da ordem social?

Quanto às ações coletivas cujo objeto seja a tutela de direitos difusos, em sua quase totalidade, nos parece, serão dotadas de repercussão geral. Quando o inciso I do parágrafo único do art. 81 do CDC enuncia como *difusos* os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas determinadas e ligadas por circunstâncias de fato, fica patente a transcendência que a questão de fundo assume. Como exemplos podemos citar: a tutela do meio ambiente, do patrimônio histórico, estético etc.

6.6. Procedimento e efeitos processuais da repercussão geral

De acordo com o § 3º do art. 102 da CF, atribuído pela EC n. 45/2004, bem como pelo disposto no § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal observará em cada recurso extraordinário as circunstâncias políticas, econômicas, sociais ou jurídicas do caso a fim de que se reconheça a repercussão geral das questões constitucionais, que deverá ser demonstrada pelo recorrente para a admissão do recurso.

Pretendeu-se com o instituto da repercussão geral que o STF deixe de julgar processos (casos *inter partes*) e, objetivamente, julgue questões constitucionais com repercussão econômica, política, social e jurídica. Assim, entende-se que haverá uma objetivação do recurso extraordinário, o que em certa medida, desafogará o STF, já que nas últimas duas décadas ficou sobrecarregado ao ter de julgar uma grande quantidade de recursos extraordinários com questões envolvendo direitos subjetivos das partes em processos advindos de outras instâncias, num típico controle jurisdicional por meio do modelo difuso, e, por essa razão, acabou por se afastar de sua missão precípua de guardião da Constituição Federal.

Assim, de acordo com o § 5º do art. 543-A e §§ 3º e 4º do art. 543-B do CPC, respectivamente, a objetivação do recurso extraordinário, no plano processual, produzirá efeito vinculante em duas fases diversas: no da admissão ou inadmissão da existência de repercussão geral da questão constitucional – fase da admissibilidade; e no da decisão do mérito do recurso extraordinário admitido pelo STF.

O STF no primeiro momento verificará se, nos recursos sobre a mesma matéria, a questão constitucional possui a repercussão geral da questão constitucional. Vejamos o disposto no § 5º do art. 543-A do CPC: “Negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Essa é a primeira fase da incidência processual dos efeitos da repercussão geral — ou a questão tem ou a questão não tem repercussão geral — e, assim, o STF, ao não admitir a existência da repercussão geral, proferirá decisão com efeito vinculante, pois resultará na inadmissão geral de todos os recursos extraordinários interpostos em torno da mesma questão, agora afastada da apreciação da Corte Constitucional, como se extrai claramente do § 2º do art. 543 do CPC: “Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

De acordo com o preceito do art. 326 do Regimento Interno do STF, com a redação que lhe foi dada pela Emenda n. 21/2007, a decisão que nega a existência da repercussão geral é irrecorrível: “Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica [...]”.

O cabimento de agravo só ocorrerá, nos termos do § 1º e *caput* do art. 327 do Regimento Interno do STF, em face da recusa de recurso extraordinário pela Presidência do STF, por carência de repercussão geral da questão constitucional, segundo precedente do Tribunal, quando a tese (do precedente) tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.

Sendo admitida a repercussão geral na fase de admissibilidade recursal, o STF proferirá a decisão pertinente ao mérito da questão constitucional versada nos recursos extraordinários — recursos estes, sobre uma e mesma matéria, que já haviam sido sobrestados na forma do preceito do § 1º do art. 543-B do CPC.

Decidido o mérito da questão constitucional com repercussão geral, os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, podendo estes órgãos jurisdicionais declará-los prejudicados ou exercer sobre eles o juízo de retratação de acordo com o previsto no § 3º do art. 544-B do CPC: “Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”.

Se os tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais mantiverem sua decisão, caso seja contrária ao entendimento fixado na decisão do STF, este poderá, de

acordo com o § 4º do art. 543-B do CPC, cassar ou reformar a decisão daqueles, nos termos do seu regimento interno: “Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Algumas particularidades merecem destaque ao analisarmos a repercussão geral, o que passamos expor a seguir.

A preliminar formal de repercussão geral nas questões constitucionais ainda não decididas ou sem jurisprudência dominante no STF dar-se-á pelo Plenário Virtual do STF (arts. 323 e ss. do RISTF), através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal.²⁷⁸

Há à possibilidade de formulação de *reclamação*²⁷⁹ em face de decisões das instâncias ordinárias que desafiem a autoridade da decisão proferida em sede de repercussão geral no recurso extraordinário, nos termos da alínea *l* do inciso I do art. 102 da Carta Magna de 1988²⁸⁰.

Preceitua o art. 156 do Regimento Interno do STF e *caput* do art. 13 da Lei 8.038/90 que poderão a parte interessada ou o Ministério Público, por meio de *reclamação*, mediante prova documental, submeter ao STF qualquer ato decisório que afronte a autoridade, ou seja, o efeito vinculante de suas decisões.

Desse modo, poderá o Relator da reclamação, nos moldes do estabelecido pelo art. 158 do Regimento Interno do STF, determinar a suspensão do processo em que se proferiu o ato decisório reclamado, bem como, se entender necessária, a remessa dos respectivos autos ao STF.

²⁷⁸ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

²⁷⁹ Sobre a natureza jurídica da reclamação, vale mencionar o entendimento do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212/CE, conforme transcrição de parte da ementa: “1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal.

²⁸⁰ O texto constitucional apregoa em seu art. 102, I, I ao tratar da competência do STF que: “Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

Segundo o art. 161 do Regimento Interno do STF, a decisão que julgar procedente a reclamação, poderá adotar as seguintes providências: avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência, ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto ou cassar decisão exorbitante (art. 17 da Lei 8.038/90) de seu julgado, ou, ainda, determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Assim, poderá o STF assegurar a autoridade vinculante de sua decisão no recurso extraordinário com repercussão geral.

Outra particularidade no tocante à repercussão geral diz respeito à introdução de eficácia *erga omnes* no sistema de controle difuso.

Como pudemos observar ao analisarmos o controle de constitucionalidade, tradicionalmente a eficácia *erga omnes* caracteriza o modelo concentrado de controle de constitucionalidade. J. J. Gomes Canotilho²⁸¹ já observava que o controle dos efeitos *inter partes* correspondia à clássica *judicial review*, ou seja, os juízes exercendo o direito de prova, de fiscalização e de exame para controlar a validade da norma; já o controle com eficácia *erga omnes* é próprio do controle concentrado correspondendo ao exercício de uma competência de rejeição.

Entretanto, a visão acima foi analisada sob outra perspectiva, apresentando conclusões um pouco diferentes. O sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro tem passado, nos últimos tempos por algumas mudanças importantes.

Um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora, instrumento de *controle difuso* de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao *controle abstrato*. Normalmente, relaciona-se o *controle difuso* ao *controle concreto* da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. [...] Normalmente, o controle abstrato é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio de

²⁸¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 969 e ss.

ADIN, ADC ou ADPF, e o controle concreto, de forma difusa. O *controle difuso* é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da decisão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia *inter partes*. O *controle concentrado*, no Brasil, é feito *principaliter tantum*, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*. Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato [...].²⁸²

A celeuma em torno da questão talvez seja, em parte, devido à adoção pelo sistema brasileiro dos dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso, do *judicial review* estadunidense e o concentrado, historicamente identificado na Constituição austríaca de 1920.

A propósito, no direito comparado já se verifica uma tendência a tornar obsoleta a separação quanto aos efeitos práticos dos modelos concentrado e difuso, conforme podemos verificar das lições extraídas de Mauro Cappelletti, ao tratar sobre o instituto do *stare decisis* no sistema estadunidense:

[...] o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual “*a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction*”²⁸³ [...] O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada [...]. Uma vez aplicada pela *Supreme Court* por

²⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Podium, v. 3, 2007, p. 274.

²⁸³ Traduzimos: “uma decisão da mais alta corte de qualquer jurisdição é obrigatória em todos os tribunais inferiores na mesma jurisdição”.

inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo “on the books”, é tornada “a dead Law”, uma lei morta.²⁸⁴

Assim, podemos verificar que no controle difuso, como ocorre nos Estados Unidos da América, há uma subjetividade em relação ao meio de provocação, porém quanto aos resultados e efeitos de suas decisões o controle é bastante objetivo.

Nos Estados Unidos, as cortes exercem o controle constitucional abstrato de leis e outras normas? A resposta é: um “sim” enfático”. Em face da norma da Constituição norte-americana que estabelece a regra de aplicação no ‘caso ou controvérsia’, quão “concreto” é o controle abstrato americano? A resposta: não muito! [...]

Primeiro, sob certas circunstâncias, os requerentes podem buscar uma tutela declaratória ou injuntiva do juiz que, se concedida, suspende a aplicação da lei em questão, na pendência da declaração de sua constitucionalidade. Os requerentes comumente formulam tais pedidos imediatamente após a promulgação da lei pela autoridade competente. Segundo, em face da doutrina judicial desenvolvida na Suprema Corte dos Estados Unidos da Américas em torno da defesa judicial das liberdades consagradas na Primeira Emenda, os requerentes podem atacar diretamente a lei, chamado de “impugnação frontal”, e pleitearem os direitos de terceiros.²⁸⁵ (Traduzimos)

No caso brasileiro, vejamos o entendimento do Ministro Gilmar Mendes na Medida Cautelar no Recurso Extraordinário n. 376.852/SC, no trecho em que, ao tratar da superação do subjetivismo no recurso extraordinário, aponta a natureza *sui generis* do controle de constitucionalidade brasileiro e destaca as influências do direito constitucional alemão e norte-americano, respectivamente, modelo concentrado e modelo difuso, sobre o sistema pátrio:

²⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis...*, p. 80-81.

²⁸⁵ SWEET, Alec Stones; SHAPIRO, Martin. *Abstract and concrete review in the United States*. Disponível em: <www.oxfordscholarship.com>. Acesso em: 28 jan. 2011. Texto original: “In the United States, do courts exercise abstract constitutional review of statutes and other rules? The answer: an emphatic ‘yes’. Given the ‘case or controversy’ rule, a rule established by the US Constitution, how ‘concrete’ is American abstract review? The answer: not much [...] First, under certain circumstances, plaintiffs may seek declaratory or injunctive relief by a judge which, if granted, suspends the application of the law in question pending a judicial determination of its constitutionality. Plaintiffs commonly file such requests immediately after the statute has been signed into law by the appropriate authority. Second, under judicial doctrines developed by the US Supreme Court pursuant to litigation of First Amendment freedoms, plaintiffs may attack a law on its face, called a ‘facial challenge’, and plead the rights of third parties.”

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). [...] Essa orientação há muito mostra-se dominante no direito americano.

Há entendimento, na esteira do pensamento acima, de que a repercussão geral veio conferir ao recurso extraordinário a objetividade e a operacionalidade requeridas nessa sociedade complexa e dinâmica em que vivemos.

Este novo impulso evolutivo no controle de constitucionalidade brasileiro deve ser vislumbrado como um afastamento gradual da vetusta tradição privatística que se formou ao longo da tradição jurídica brasileira, com enfoque nas questões do direito civil. Matéria jurídica esta que inclusive constituía a espinha dorsal de grande parte dos cursos universitários de direito no Brasil, isto até o fim da década de 1980, o que só veio a modificar-se com a redemocratização do Estado brasileiro com o advento da Constituição de 1988, quando surge um ambiente democrático e propício a um livre desenvolvimento crítico e teórico do direito público no Brasil. Principalmente do direito constitucional.²⁸⁶

É compreensível, portanto, seguindo essa linha de raciocínio, que alguns defendam que o controle difuso de constitucionalidade no Brasil tenha sido o responsável pelo distúrbio no funcionamento do STF nas últimas décadas, já que a Corte se encontra assoberbada com a quantidade de recursos extraordinários e agravos de instrumentos a eles correlacionados envolvendo discussões de questões subjetivas (interesses *inter partes*) que inviabilizam a racionalização operacional da Corte Suprema no desempenho de seu papel precípua de guardião da Constituição.

Questões que não apresentam relevância constitucional, mas que estritamente envolvem interesses *inter partes*, são insistentemente submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, ao custo sociojurídico de inviabilizar a atuação da Suprema Corte em questões que atingem de modo direto e grave a própria estabilidade e efetividade da ordem constitucional, com repercussões sistêmicas

²⁸⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral...*, p. 32-33.

para toda a sociedade, como, por exemplo, nas grandes questões tributárias e nas que envolvem a instituição dos direitos fundamentais.

Há que ser preservada a dignidade da função constitucional incumbida ao Supremo Tribunal Federal, na Constituição de 1988.

Esta necessária preservação está ligada de modo direto com a própria garantia de acesso à jurisdição, em sentido material, não meramente formal. Ou seja, aqui se propõe que não se deixe de observar, sempre, os custos sociais, financeiros, econômicos e jurídicos resultantes da ineficácia (falta de celeridade e utilidade prática) das decisões judiciais que atenta contra a garantia fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam celeridade em sua tramitação (inciso LXXVIII do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004).²⁸⁷

6.7. Repercussão geral no direito comparado: os institutos análogos

6.7.1. O *writ of certiorari*²⁸⁸ nos Estados Unidos da América

O instituto *writ of certiorari*, surgido em 1925 no controle difuso exercido na Suprema Corte dos Estados Unidos da América é: o instituto pelo qual são submetidos à Suprema Corte estadunidense apelos para o exame de decisões proferidas em ações ou recursos proferidos pelas cortes ordinárias. Conforme se extrai da *rule 10* daquela Suprema Corte, a *petition for certiorari* se dirige contra decisões de última instância das cortes estaduais ou tribunais federais (*courts of appeals*). No procedimento do *writ of certiorari* deve ser invocada a relevância da *questão federal* (*federal question*). Nesse aspecto é possível afirmar que se assemelha à nossa preliminar da repercussão geral, de acordo com o art. 543-A, § 2º do CPC.

Historicamente o *writ of certiorari* foi introduzido no sistema jurídico norte-americano por meio de uma lei de 3 de março de 1891.

Até então, em diversas matérias, as decisões das Cortes Distritais e de Circuito não podiam ser revistas pela Suprema Corte. Com a referida lei, a Suprema Corte recebeu o poder de, através de um *writ of certiorari*, conhecer de

²⁸⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral...*, p. 33.

²⁸⁸ Etimologicamente a palavra latina *certiorari* tem o significado de “[...] um *writ* de uma corte superior chamando para si os registros de um procedimento de uma corte inferior para revisão [...]”.

determinado caso, ordinariamente não submetido à sua esfera de competência. Ainda assim, diversos casos permaneciam afastados da jurisdição da Suprema Corte. O passo definitivo em direção ao fortalecimento do *certiorari* foi dado com um diploma normativo conhecido como “lei dos Juízes (Judge’s Bill), aprovado em 1925. O grande mentor desta reforma foi o *Chief Justice* William Howard Taft, que assumiu a presidência da Suprema Corte em 1921, depois de ter sido presidente dos Estados Unidos entre 1908 e 1912.²⁸⁹

Percebe-se no *writ of certiorari* (ou simplesmente *writ of cert*) uma tendência objetiva, na medida em que a Suprema Corte estadunidense acaba exercendo um verdadeiro controle abstrato (*abstract control*) por meio da admissão de uma *petition for writ of certiorari* em casos que envolvem a pura suspensão da aplicação de leis e estatutos em confronto com a Constituição e suas emendas, principalmente na esfera dos direitos fundamentais.²⁹⁰

Se a Suprema Corte denega a *petition for writ of certiorari* (*cert denied*) a decisão da corte originária não será afetada, porém isso não significa que a Suprema Corte concorda com a decisão daquela corte inferior, mas apenas que a questão não detinha relevância constitucional a ponto de instaurar a jurisdição da Suprema Corte.

Não há dúvida, como verificamos ao analisar o controle de constitucionalidade no Brasil, que o modelo difuso estadunidense inspirou originariamente o modelo brasileiro desde a primeira Constituição republicana (1891) e essa influência pode ser constatada também no instituto da repercussão geral no recurso extraordinário criado pela EC n. 45/2004, que apresenta certa semelhança com o *writ of certiorari*. Porém, devemos destacar, desde logo, que há num e noutro instituto, ao serem cotejados, características que não são compartilhadas, conforme passamos a verificar.

A revisão com base em um *writ of certiorari* não é questão de direito, mas de discricionariedade judicial, sendo que uma petição de *writ of certiorari* só será concedida em casos de extrema necessidade. Isso ocorre porque o sistema norte-americano

²⁸⁹ PINTO, José Guilherme Berman C. O *writ of certiorari*. In: *Revista Jurídica*, v. 9, n. 86, ago/set, 2007, p. 89.

²⁹⁰ Cf. SWEET, Alec Stones; SHAPIRO, Martin. *Abstract and concrete review in the United States*. Disponível em: <www.oxfordscholarship.com>. Acesso em: 28 jan. 2011.

admite uma ampla margem de discricionariedade à Suprema Corte na admissão ou inadmissão dos recursos constitucionais (*cases*) sob sua apreciação.

No *writ of certiorari* o acesso à jurisdição da Suprema Corte só se dá por razões de extrema necessidade (*compelling reasons*) e esse acesso não é tratado como um direito subjetivo da parte. Portanto, as chances de uma petição de *certiorari* ser concedida são bastante exíguas.

Fica evidenciada a opção política adotada pelo legislador norte-americano para a apreciação do *writ of certiorari*, pois atribui discricionariedade judicial à Corte Suprema para definir que um assunto pode ser levado a seu conhecimento. De acordo com o entendimento de William Coleman Jr.: “Em vez de estreitar a jurisdição da Corte, o Congresso escolheu, em mais e mais situações delegar à Corte a responsabilidade de determinar que questões federais são de importância nacional suficiente para ensejar a revisão pela Suprema Corte”.²⁹¹

A Suprema Corte estadunidense é composta por 8 juízes (*associate justices*) e 1 juiz-presidente (*chief justice*) que não se dividem em turmas nem nada decidem individualmente. Todos os recursos e ações de competência originária são decididos em plenário. As petições de *certiorari* protocoladas são distribuídas simultaneamente a todos os juízes.

O *quorum* para concessão do *certiorari* é definido por uma regra costumeira da Suprema Corte. De acordo com essa regra, o *certiorari* será concedido quando ao menos quatro juízes votarem nesse sentido, é a chamada “regra dos quatro” (*rule of four*); assim, mesmo que a maioria dos membros da Corte concorde que o *writ of certiorari* deve ser denegado, basta que uma minoria de quatro votem a favor para que tal posição prevaleça. Há uma prática já consolidada na Suprema Corte exercida pelos presidentes, segundo a qual, votando três juízes pela concessão do *certiorari*, o presidente a eles adere, o que é chamado de *join-three vote*.

²⁹¹ COLEMAN JR., William T. The Supreme Court of the United States: managing its caseload to achieve its constitutional purposes. *Fordham Law Review*, Oct. 1983, p. 3. No original: “Instead of narrowing the Court’s jurisdiction, Congress chose, in more and more instances, to delegate to the Court the responsibility for determining which federal issues are of sufficient national importance to warrant Supreme Court review”.

Assim, por essa regra são necessários quatro votos, do total de nove juízes da Suprema Corte, para que seja concedido o *writ of certiorari*, enquanto quem em geral, a Suprema Corte norte-americana atua pela regra majoritária, ou seja, cinco votos (*rule of five*), no mínimo, do total de nove.

No caso da repercussão geral no sistema brasileiro, há adoção de procedimento próprio do *writ of certiorari* no tocante ao *quorum* de admissão, de acordo com a previsão do § 4º do art. 543-A do CPC: “Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral, por no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa ao Plenário”.

Porém, observa Ulisses Schwarz Viana:

Deflui do texto legal reproduzido a adoção na repercussão geral de uma *rule of four* às avessas, pois ao confrontá-la com o modelo estadunidense se constata que por lá ela se revela como número mínimo necessário de quatro votos, dos nove juízes (*Justices*) integrantes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para a concessão do *writ of certiorari*.²⁹²

Assim, a remessa ao Plenário do STF fica dispensada quando em uma de suas Turmas, compostas de cinco membros, for admitida a repercussão geral pelo voto de quatro de seus membros, ou seja, quatro votos de cinco.

Não sendo atingido esse *quorum*, a questão constitucional versada no recurso extraordinário será submetida ao Plenário do STF, o qual, de acordo com a regra estabelecida pelo § 3º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, somente poderá recusar o recurso por ausência de repercussão geral pela manifestação de dois terços de seus membros.

Portanto, se a apreciação da existência da repercussão tiver de ser submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal – por não haver obtido na Turma o *quorum*

²⁹² VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral...*, p. 38-39.

necessário –, prevalecerá a regra dos quatro, já que para a rejeição da repercussão deverá ser obtida a maioria qualificada de 2/3 (dois terços).

Uma diferença entre o *writ of certiorari* e a repercussão geral poderá ser observada no critério de natureza vinculante para o STF na análise e admissão da repercussão geral, isto fica consignado na prescrição do § 3º do art. 543- A (introduzido no CPC pela Lei 11.418/2006): “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

Desse maneira, ainda que haja certo espaço para a interpretação da cláusula da repercussão geral, há uma vinculação quando o recurso extraordinário trazer impugnação de decisão que desafie jurisprudência dominante ou já sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, que neste caso, exercerá a função de provocar a unificação da interpretação constitucional por meio de decisão com repercussão geral, isto é, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.²⁹³

No sistema estadunidense há algo semelhante ao efeito vinculante e à eficácia *erga omnes* do sistema brasileiro, é o *stare decisis*, que permite que as cortes superiores, tanto na esfera estadual quanto na federal, possuam uma força de vincular com suas decisões as cortes e juízes inferiores dentro da mesma jurisdição.

“Assim, temas envolvendo questão de inconstitucionalidade, por meio da interposição de recursos, acabarão sendo submetidos à decisão dos órgãos jurisdicionais superiores e, deste modo, criarão os precedentes vinculantes (*stare decisis*).”²⁹⁴

Desse modo, a questão de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato no sistema estadunidense pode ser avaliada por via recursal pela Suprema Corte que, conseqüentemente, poderá formar o precedente que produzirá efeito vinculante em face de todos os órgãos jurisdicionais inferiores. Esse precedente acaba por produzir eficácia *erga omnes*, já que a lei considerada inconstitucional não será aplicada no caso concreto, no qual se deu a declaração de inconstitucionalidade, e nem tampouco será novamente aplicada, tornando-se desse modo uma lei morta (*dead law*).

²⁹³ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral...*, p. 37.

²⁹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 37.

Entre os dois institutos sob comento – *writ of certiorari* e repercussão geral – há outro aspecto distintivo: a exigência no caso da repercussão geral de critérios gerais de relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, com balizamento de apreciação da preliminar na interposição do recurso extraordinário (§ 1º, art. 543-A do CPC). O mesmo não ocorre com o *writ of certiorari*, não há qualquer critério geral estabelecido previamente, de acordo com a regulamentação da *rule 10* das Normas da Suprema Corte.

Podemos destacar como características comuns: a discricionariedade²⁹⁵, cada uma a seu modo, o filtro recursal²⁹⁶ e também a ideia de natureza especial e extraordinária das funções, atribuídas, nos Estados Unidos da América, à Suprema Corte, e no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal.

Apesar das diferenças apontadas entre o *writ of certiorari* estadunidense e a repercussão geral brasileira, acreditamos que o constituinte reformador pátrio tenha observado o instituto norte-americano na elaboração da EC n. 45/2004, no que tange o instituto sob comento, o mesmo entendimento valendo para o legislador ordinário na criação da lei 11.418/2006, principalmente se considerarmos que a repercussão geral, sendo um filtro recursal, quer dar ao STF a operacionalidade da Suprema Corte estadunidense, que não tem julgado, em média, mais de cem recursos constitucionais por ano.

6.7.2. O recurso de revisão e a *Verfassungsbeschwerde* na Alemanha

Consoante lição de Arruda Alvim, no sistema processual da Alemanha adota-se, em inúmeros diplomas, para além das fronteiras do processo civil, a restrição a recursos, em sistema análogo ou igual ao do recurso de revisão no processo civil: “[...] o recurso de revisão, com sede no Código de Processo Civil, já nasceu, há mais de um

²⁹⁵ Sobre a discricionariedade judicial faremos uma discussão mais ampla em item próprio.

²⁹⁶ “É de origem norte-americana a concepção paradigmática de filtro no acesso à Suprema Corte, que vem inspirando diversos países no mundo.” (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*..., p. 91)

século, sob o signo de que pequenos prejuízos, de caráter patrimonial, haveriam de ser afastados do seu âmbito de possível tutela”.²⁹⁷

Assim, no sistema jurídico alemão há muito tempo já havia a noção de que deveriam ser afastadas, do âmbito da tutela jurisdicional dos tribunais federais superiores, aquelas hipóteses que envolvessem pequenos prejuízos, de caráter patrimonial. Dessa maneira, somente se admite o recurso de revisão (que muito se aproxima das características do nosso recurso extraordinário) nas hipóteses em que a causa mostre uma significação ou importância fundamental (*grundsätzlichen Bedeutung*).²⁹⁸

E diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América, em que órgão competente para a apreciação do *writ of certiorari* é a Suprema Corte, na Alemanha a competência para reconhecimento da *importância fundamental da causa* é do tribunal de segundo grau.

Desse modo, o recurso de revisão somente é admitido se o acórdão recorrido trazer em seu objeto a manifestação de que a questão debatida se reveste de importância fundamental.²⁹⁹

Nesse particular verificamos substancial diferença em relação à nossa repercussão geral, já que uma de suas principais características, sua aferição, será feita diretamente pelos membros do STF respeitando quórum específico.

Ulisses Schwarz Viana³⁰⁰ destaca ainda a *Verfassungsbeschwerde* (reclamação constitucional)³⁰¹ como outro instituto do sistema alemão que possui certa similaridade com a repercussão geral.

²⁹⁷ ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, p. 68 (nota de rodapé).

²⁹⁸ Cf. ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral..., p.68 e ss. (em nota de rodapé); COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral*..., p. 83.

²⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 73-74.

³⁰⁰ Todas as observações referentes ao estudo da *Verfassungsbeschwerde* serão extraídas da obra de: VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral*..., p. 40-44.

³⁰¹ O autor observa que “a *Verfassungsbeschwerde* não guarda correlação com a reclamação prevista na alínea I do inciso I do art. 102 da Constituição de 1988, que se volta à preservação das competências e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral*..., p. 40)

A *Verfassungsbeschwerde* pode ser formulada por qualquer pessoa que tenha um direito fundamental ofendido por medidas adotadas pelas autoridades públicas ou por decisões judiciais, desde que, em regra, esgotadas as instâncias ordinárias; será dirigida ao Tribunal Constitucional Federal alemão; sendo que o reclamante deve ter utilizado todos os remédios legais e meios disponíveis para a preservação e a reparação do direito fundamental lesado; deve ser proposta dentro do prazo de um mês, quando dirigida contra ato da administração pública ou contra decisão de um tribunal, sendo que é impossível a dilação deste prazo pela Corte Constitucional Federal alemã, exceto a situação em que o reclamante poderá pleitear a denominada *restitutio in integrum* (espécie de restituição de prazo), especificamente no caso de ter perdido o referido prazo sem que este fato resulte de sua inércia; nesse caso, o pedido de *restitutio in integrum* deve ser fundamentado e formulado dentro de duas semanas a contar da data da cessação da situação impeditiva da atuação do reclamante.

É possível a formulação de uma *Verfassungsbeschwerde* em face de lei, excepcionalmente quando a lei atingir o reclamante de modo pessoal, atual e direto.

Como na repercussão geral, a *Verfassungsbeschwerde* também passa por uma fase prévia de admissibilidade, que consiste na análise pelo Tribunal Constitucional alemão da importância constitucional fundamental da questão tratada ou da existência de violação de direitos fundamentais de especial gravidade ou da possibilidade de o reclamante vir a sofrer lesão de particular gravidade, pela não decisão da questão.

Outro elemento que guarda semelhança entre a *Verfassungsbeschwerde* e o recurso extraordinário diz respeito ao fato de que a reclamação constitucional alemã não admite qualquer espécie de debate sobre elementos fáticos ou legais, os quais ficam restritos às cortes inferiores.

Por último, a questão do juízo de admissibilidade da *Verfassungsbeschwerde* está explicitamente ligada ao fato de que é necessária a sua admissão para ser analisada a decisão. E, assim, pode-se combater o aumento da sobrecarga na Corte Constitucional Federal por reclamações constitucionais, ou seja, a *Verfassungsbeschwerde funciona como um filtro preventivo da inviabilização do pleno exercício da jurisdição constitucional pela Corte Constitucional alemã*, exatamente o que se

pretende com a repercussão geral no caso brasileiro, um filtro recursal que impeça a sobrecarga de recursos extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal pelo controle difuso.

Convém ressaltar, porém, que apesar de algumas semelhanças entre a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) alemã e a repercussão geral brasileira, o instituto germânico não possui natureza de um recurso processual, mas apresenta feições de uma ação constitucional específica, não se trata de complemento extraordinário ao sistema processual ordinário de recursos, mas de típica ação constitucional, de instância única e subsidiária. Também os institutos não guardam semelhança entre si no que tange à admissibilidade, já que a reclamação constitucional alemã é mais restritiva que a repercussão geral da questão constitucional do sistema brasileiro, posto que se restringe *a priori* à violação a direitos fundamentais.

No tocante ao *procedimento de admissão* os institutos apresentam ponto de contato, já que no caso alemão exige que a questão trazida tenha *fundamental significação constitucional* se assemelhando ao instituto brasileiro que apresenta a seguinte expressão aberta e plurívoca *repercussão geral da questão constitucional*:

Outro fator a diferenciar os institutos diz respeito à decisão: no caso da reclamação constitucional alemã será dispensada a sua motivação quando inadmitida, o que não pode ocorrer com a repercussão geral em face da garantia constitucional do inciso IX do art. 93 da CF que assegura a fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

6.7.3. O recurso de amparo na Espanha

Na Espanha, cujo controle de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal Constitucional, há o recurso de amparo, que vem previsto no item 2 do art. 53 da Constituição:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en El artículo 14 y la Sección primer del Capítulo segundo ante los

Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Francisco Fernández Segado, define o recurso de amparo como:

[...] aquel procedimiento por cuya virtud se protegen especialmente determinados derechos y libertades, precisamente aquellos reconocidos en el artículo 14 CE (derecho a la igualdad jurídica) y en la sección primera del capítulo 20 del título I CE (derechos fundamentales y libertades públicas), además ya del derecho a la objeción de conciencia. Supuesto, pues, un agravio a un derecho objeto de esta protección, se pretende a través del recurso lograr la tutela necesaria para restablecer la situación jurídica perturbada.

No estamos, sin embargo, en presencia de un recurso que se limita a proteger un interés subjetivo.

[...] El recurso de amparo no puede ser considerado como una nueva instancia judicial de tutela de derechos, como una segunda o tercera instancia judicial en la protección de los derechos. [...] Bien por el contrario, se trata de un procedimiento autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales.³⁰²

O recurso de amparo espanhol demanda que o recorrente tenha primeiramente esgotado a via ordinária e empregado todos os meios impugnativos previstos na legislação processual na busca da reparação do direito supostamente lesado, para somente depois acessar a via extraordinária.

Diante da exigência de esgotamento prévio da jurisdição ordinária, resta claro que o recurso de amparo, portanto, tem natureza subsidiária:

Estamos por outro lado ante um recurso de natureza subsidiaria. En su auto 69/81, de 10 de Julio, El Tribunal ya significaba que 'la jurisdicción de amparo es subsidiaria de la jurisdicción común, y no es una instancia directa ni tampoco revisora', Y ello, en tanto en cuanto el restablecimiento de derecho supuestamente conculcado debe primariamente tratarse de conseguir ante los Tribunales ordinarios, empelando todos los medios de impugnación normal

³⁰² SEGADO, Francisco Fernández. *La jurisdicción constitucional en España*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999, p. 81.

existentes en las normas procesales, y sólo cuando fracasen se podrá abrir el proceso de amparo.³⁰³

No aspecto da subsidiariedade o recurso de amparo guarda semelhança com o recurso extraordinário brasileiro, que para ser admitido necessita de prévio esgotamento da jurisdição ordinária.

No tocante à admissibilidade, o recurso de amparo requer requisitos: (i) formais, que dizem respeito à tempestividade recursal, à incompetência da Corte Constitucional, à falta de documentos exigidos etc. (art. 50 da redação da Lei Orgânica do Tribunal n. 6/88); (ii) materiais, aqueles relacionados à carência de conteúdo, para verificação se se justifica ou não a apreciação da questão pelo Tribunal Constitucional; a decisão de inadmissão não precisa ser motivada, caso seja proferida por unanimidade na Seção competente; não havendo unanimidade somente o Ministério Público poderá recorrer no prazo de três dias.

Ulisses Schwarz Viana observa que, apesar de os dois institutos (recurso de amparo espanhol e a repercussão geral brasileiro) apresentarem entre si poucas semelhanças, há uma que é central a identificá-los de algum modo:

É seu aspecto não subjetivista (objetivo) na interposição recursal, pois em ambos a questão constitucional deverá apresentar transcendência dos interesses exclusivamente individuais das partes, para assumir uma relevância geral que reflita o reconhecimento de um interesse objetivamente relevante para toda a sociedade.³⁰⁴

Os outros pontos que diferenciam os dois institutos são: (i) quanto ao campo de atuação – os casos que autorizam o recurso de amparo são elencados em *numerus clausus*, pois conforme verificamos, a Constituição espanhola estabelece que ele só será cabível quando houver violação dos direitos e liberdades, referidos no artigo 53.2 (já transcrito acima), ou objeção de consciência (art. 30.2); ficam excluídos os direitos econômicos, sociais e culturais; no recurso extraordinário brasileiro há um campo de

³⁰³ SEGADO, Francisco Fernández. *La jurisdicción constitucional en España*, p. 83.

³⁰⁴ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral...*, p. 48.

atuação bem mais amplo que envolve relevância econômica, política, social e jurídica (art. 543-A, § 1º do CPC).

6.7.4. O certiorari na Argentina

A Lei 23.774, de 1990, introduziu no sistema jurídico argentino o *certiorari*, sistema de filtro, com a alteração da legislação processual (art. 280 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) que passou a ter a seguinte redação:

Artículo 280 - Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.[...]

³⁰⁵

Assim, foi conferida à Corte Suprema argentina a escolha dos processos a serem por ela julgados, conforme o critério da transcendência, previsto no art. 280 do Código de Processo Civil e Comercial argentino.³⁰⁶ Portanto, nesse país, para aferição do recurso extraordinário a questão debatida deverá expressar a chamada *gravidad institucional*, isto é, deverá ser demonstrado que a matéria em exame detém transcendência em relação à hipótese concreta.

6.8. Repercussão geral: conceito jurídico indeterminado

Os sistemas jurídicos da Áustria e da Alemanha, já no século XIX, concebiam e desenvolviam os conceitos indeterminados³⁰⁷.

³⁰⁵ Texto original extraído do sítio: <<http://www.legislaw.com.ar/legis/cpcc%20completo/cpcc-complibro1titulocuart.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

³⁰⁶ COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral...*, p. 84.

³⁰⁷ Sobre conceitos indeterminados merecem destaque duas obras: GRAU, Eros Roberto. *Conceitos indeterminados*. Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. São Paulo: Max Limonad, 1998 (especialmente nas páginas 119-122); e GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros: 2002, nesta última obra especialmente no Título 3 do capítulo IX, intitulado “Os conceitos jurídicos”: conceito e noção, o autor afirma que a expressão *conceito indeterminado* encerra uma *contradictio in terminis*, pois após tecer várias

O processo que levou ao afrouxamento do vínculo que prende os tribunais e as autoridades administrativas à lei ocorreu de forma lenta e gradual acompanhando, em certa medida, o desenvolvimento da independência das instituições judiciais no Estado moderno.³⁰⁸ Daí a razão para a crescente utilização de *técnicas* na redação de textos normativos que dão ao julgador certa autonomia em relação à lei. Dentre essas técnicas, destacam-se: os conceitos normativos, os conceitos discricionários, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.³⁰⁹

Essa mudança no pensamento jurídico ocorreu como decorrência da crise do positivismo jurídico e, conforme observa Arruda Alvim, é fruto de um dilema vivido pelo legislador, consistente em decidir o grau de liberdade a ser concedido aos juízes na realização da ordem jurídica. Assim, deve-se visualizar os conceitos jurídicos indeterminados como *instrumento idôneo para assegurar a flexibilidade do direito*, de forma que “se abre margem a uma interpretação afeiçãoada às peculiaridades do caso concreto, e, pois, à individualização de todas as hipóteses à luz da *ratio legis*”.³¹⁰

Assim, é possível observar que quando uma norma é redigida de forma casuística estará sempre suscetível a dominar provisoriamente a matéria judicial, já que rapidamente envelhecerá, devido às mudanças sociais que são dinâmicas, e clamará o tempo todo por sucessivo trabalho legislativo a contemplar o seu alcance e sentido.

Os conceitos indeterminados ou vagos ganharam espaço na doutrina brasileira apenas nas últimas décadas, porém Philipp Heck já os havia identificado desde o século passado ao afirmar que nesse tipo de conceito a ligação entre os vários elementos

considerações sobre o conceito de *conceito* na formulação aristotélica, a indeterminação observada não é dos conceitos jurídicos, mas de suas expressões. Portanto, afirma ele, “mais adequado será referir-nos a termos indeterminados de conceitos e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados”. Posto que, conclui: “Todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma *suma determinada* de idéias, não chega a ser conceito”.

³⁰⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier ao analisar historicamente a ascensão e declínio da compreensão da lei como expressão da vontade geral afirma que: “a desconfiança que havia antes da Revolução Francesa quanto aos órgãos do estado, inclusive e principalmente quanto aos juízes, que fez com que se preferisse a rigidez da lei a qualquer tipo de liberdade que se poderia conceder ao juiz, hoje se transferiu, de certo modo, para a lei. (*Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2011, p. 373).

³⁰⁹ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução e prefácio de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

³¹⁰ ALVIM, Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1998, p. 14.

que determinam a ideia contida na palavra é variável contendo um ponto central – que é o sentido próprio – e uma periferia que estabelece a transição gradual para outras ideias que a palavra já não traduz.³¹¹

O emprego pelo legislador de expressões correspondentes a conceitos vagos ou indeterminados não caracteriza, de modo geral, uma falha na formulação de textos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete-aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas.³¹²

Segundo Arthur Kauffmann:

La imperfección de la ley no es, en contra de la opinión positivista, un defecto, sino que es a priori y necesaria. La ley no puede y no debe ser formulada de una manera unívoca, porque está formulada para casos cuya variedad es infinita. Una ley en sí cerrada, completa, sin lagunas y clara (siempre que algo semejante fuera posible) llevaría a la suspensión del desarrollo del derecho. Esto también es importante para el lenguaje de la ley. Los conceptos legales no son unívocos, prescindiendo de los pocos casos de los conceptos numéricos, no son conceptos abstractos y generales, sino conceptos tipo, concepto de orden que no conocen el todo o nada, sino sólo el más o menos.³¹³

No mesmo sentido temos o entendimento de Hans-Georg Gadamer para quem a lei é sempre deficiente, pois frente ao ordenamento a que intencionam as leis a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.³¹⁴

Os preceitos legais indeterminados nos remetem à ideia do próprio significado das normas quando aplicadas, já que elas são aplicadas justamente quando se lhes atribuem um significado para um determinado caso particular. Assim, vejamos as lições de Arthur Kauffmann e Winfried Hassemer:

Así pues, para el significado de las normas son constitutivas la reglas de aplicación de las normas. Las reglas “se determinan” según como los que las

³¹¹ Cf. HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 51.

³¹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124.

³¹³ KAUFFMANN, Arthur. *Hermenéutica y derecho*. Granada: Comares Editorial, 2007, p. 107.

³¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 474.

aplican hagan un uso “coincidente” de la norma. Las normas sirven al efecto de indicadores. El indicador sirve adecuadamente cuando, bajo relaciones normales, cumple su objetivo. La afirmación de que hay reglas para las normas significa que en el uso de las normas cabe fijar criterios de aplicación de la norma. Los criterios de aplicación de la normas son aquellos que ante un caso concreto permiten afirmar con razón que una norma se ha cumplido. El aplicador del derecho, en la medida en que quiera aplicar la norma jurídica, es ele que asume la “garantía” de que se dan los criterios de aplicación de una norma. Los caracteres del supuesto de hecho de una norma fijan la estructura básica de los criterios de aplicación cuya garantía el aplicador asume.³¹⁵

Segundo observa Bruno Dantas com a “ascensão dos conceitos indeterminados, acabou sendo inevitável a instalação de confusão entre o seu processo interpretativo e o poder discricionário”.³¹⁶

Diante de conceitos indeterminados as opções que se apresentam ao juiz-intérprete não serão tomadas como sendo um caso de discricionariedade, tal qual acontece na seara administrativa e legislativa, o intérprete não se guiará por critérios de conveniência e oportunidade política, mas sim “por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir a ‘consciência jurídica geral’”. Ademais, a repetição de casos semelhantes, “com a adoção do entendimento prevalecente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade àquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariedade judicial”.³¹⁷

Adverte Karl Engisch que:

Tem de se decidir de *caso para caso* se os conceitos discricionários das leis quer se encontrem na ‘hipótese legal’ quer na consequência jurídica (mais exactamente: na estatuição da consequência jurídica), são entendidos no sentido da atribuição de um genuíno poder discricionário, se, portanto, são de entender no sentido de que deve ser deixada à competência do órgão aplicador do Direito a descoberta – dentro de dados limites, é certo, em conformidade com o respectivo dever funcional e, portanto, não arbitrária, mas contudo autônomo-

³¹⁵ KAUFFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992, p. 294.

³¹⁶ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral...*, p. 233.

³¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 125.

subjectiva – da decisão correcta do caso concreto segundo a concepção pessoal do que é conveniente, necessário e justo.³¹⁸

Ainda, segundo Karl Engisch, nem todo conceito indeterminado traduz-se em exercício de poder discricionário, mas apenas aqueles de carácter valorativo, em que “o ponto de vista pessoal daquele que faz a apreciação discricionária há de valer como decisivo”.³¹⁹

De acordo com as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Existem também hipóteses em que, embora a lei utilize conceitos técnicos, a própria manifestação técnica pode levar a resultados diversos que terão de ser apreciados pela Administração. Nem toda ciência técnica é ciência exata”.³²⁰

Barbosa Moreira observa que não se deve confundir a margem de liberdade concedida ao aplicador da lei para fixar conceitos juridicamente indeterminados com discricionariedade: “o que um e outro fenómeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação”.³²¹

Teresa Arruda Alvim Wambier, entendendo que a estrutura político-jurídica do Estado moderno é incompatível com a ideia de discricionariedade na atividade judicial, observa que “a liberdade do juiz em decidir não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública”.³²²

Um ponto que merece destaque na abordagem dos conceitos jurídicos indeterminados diz respeito ao ativismo judicial³²³ que, em linhas gerais, pode ser

³¹⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 187.

³¹⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 181.

³²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 132.

³²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos indeterminados. In: *Revista Forense*, n. 261, jan.-mar. 1978, p. 15.

³²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais...*, p. 357.

³²³ O ativismo judicial será abordado em item subsequente, porém em nome do encadeamento lógico na discussão aqui empreendida nos vemos obrigados fazer mencionar.

conceituado como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional,

no caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativo assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.³²⁴

Assim sendo, quando se diz que houve ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não significa, necessariamente, que decisões ativistas ampliem de modo juridicamente inaceitável o campo de incidência projetado por um enunciado normativo.

Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas. A norma de decisão concretizada pelo juiz poderá desbordar do direito aplicado de múltiplas formas, como por exemplo, deixando de reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivo legal ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta.³²⁵

Em momento apropriado verificaremos que eventual discussão interpretativa em torno do sentido normativo da expressão repercussão geral esbarra necessariamente em lições de teoria da hermenêutica geral e jurídica, posto que a expressão adotada no §3º do art. 102 da CF/88, atribuída pela EC n. 45/2004, por ser um conceito jurídico indeterminado, possui, sem dúvida nenhuma, um espaço de aplicação aberto. Tão aberto quanto as infinitas situações sociais a serem submetidas ao direito a que terão de ser sopesadas, nos procedimentos estabelecidos para a verificação da existência ou não de repercussão geral de questões constitucionais a ser observada pelo Supremo Tribunal Federal em cada recurso extraordinário – com suas circunstâncias políticas, econômicas, sociais ou jurídicas (art. 543-A, § 1º do Código de Processo Civil) – e como

³²⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 125.

³²⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 139.

tal será comunicada como decisão do sistema jurídico aos demais sistemas funcionais da sociedade.

6.9. Repercussão geral e ativismo judicial

Até que ponto a expansão do poder do Judiciário, por meio de atos de controle sobre os demais poderes da República, cingem-se ao campo jurídico e a partir de que instante esse controle ultrapassa conteúdos de deliberação eminentemente política e sobre relações sociais complexas?

O tema já vem sendo abordado desde a década de 1960, quando Bernard Schwartz dissertou acerca da capacidade do Judiciário interferir da maneira mais incisiva na vida política, a legitimar o grau de importância que a população deposita nas instituições democráticas, ou, mais precisamente, a credibilidade que esta instituição tem perante o público. Para Schwartz a base de sustentação da Corte Suprema americana são a Constituição e a opinião pública.³²⁶

Lawrence Baum³²⁷ na obra em que analisa a Suprema Corte Americana demonstra que os sistemas político-jurídicos atuais não são capazes de evitar choques entre os poderes e muito menos de evitar repercussões indesejadas. Principalmente, nos países que adotam o sistema presidencialista de governo em razão da tendência natural de hipertrofia do Poder Executivo.

Em um mundo globalizado como o que vivemos seria desnecessário, em princípio, um estudo comparado dos sistemas jurídicos, dadas as múltiplas influências entre eles. Porém, ao tratar do tema ativismo judicial perceberemos que o estudo comparado é importante porque “na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário”.³²⁸

³²⁶ SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. No mesmo sentido, cf. SCHUBERT, Glendon A. *Constitutional politics: the Political Behavior of Supreme Court Justices and the Constitutional Policies that they make*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1960.

³²⁷ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

³²⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 104.

Por essa razão, passaremos à análise do ativismo judicial começando pela experiência norte-americana, pelas peculiaridades do sistema jurídico adotado.

6.9.1. O ativismo judicial na experiência norte-americana

Nos sistemas de *common law*, como é o caso dos direito na Inglaterra e nos Estados Unidos — ainda que no caso estadunidense haja uma Constituição dotada de supremacia formal e em ambos os países tenha crescido a importância das leis —, a jurisprudência continua a ocupar destaque como principal fonte.

René David afirma que:

Países de direito romano-germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países de família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões de direito nas duas famílias de direito.³²⁹

A decisão no sistema *common law* tem dupla função: define a controvérsia, e isso implica em as partes não poderem mais renovar o debate sobre as questões decididas; e a decisão judicial tem valor de precedente³³⁰, devido à doutrina do *stare decisis*.³³¹

³²⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 23. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 20.

³³⁰ No tocante o precedente Guido Soares nos ensina que “*precedent* é a única ou várias decisões de *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados”. Os julgados proferidos por órgãos judiciários de primeiro grau não formam precedentes

Elival da Silva Ramos esclarece que:

Diante de um precedente, os órgãos incumbidos do exercício da função jurisdicional se comportam como o fazem os magistrados nos sistemas romano-germânicos diante da Constituição ou da lei: primeiro verificam a pertinência do julgado diante do caso que lhes é trazido a julgamento, pois podem entender que a norma dele inferida não é aplicável à controvérsia atual, em razão de diferenças relevantes no respectivo material fático (a técnica do *distinguishing*); em segundo lugar, procede-se ao refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a restrição ou ampliação dos efeitos da norma a ele acoplada ou até mesmo o reconhecimento da revogação, total ou parcial, do precedente (a técnica do *overruling*); finalmente na hipótese de se assentar a imprestabilidade do precedente para o caso *sub judice*, o juiz ou o tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *common law*, no raciocínio analógico ou na equidade, de forma similar ao procedimento de integração de lacunas nos sistemas de civil law, mas com a relevante diferença de que essa decisão inovadora, se adotada por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo.³³²

Se levarmos em consideração que o ativismo judicial, em termos preliminares, vem a ser considerado uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, perceberemos a dificuldade em identificar no sistema do *common law*, diferentemente do que ocorre no sistema da família romano-germânica, a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido.

Há uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas na família originária do direito anglo-saxônico, como é o caso de Inglaterra e Estados Unidos.

A capacidade de estabelecer atos disciplinares de condutas futuras (e não apenas nos limites do caso a decidir, em desdobramento de textos legais ou judiciais previamente estipulados) conferida aos tribunais ingleses e estadunidenses se

(SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos Estados Unidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.).

³³¹ Sobre o tema ver a obra: SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law...*, 1999.

³³² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 106.

soma à possibilidade, que detêm, de dar ensejo ao exercício dessa função normativa, mediante a revogação de precedentes que, em tese, constituiriam um parâmetro a ser observado. Afinal, é disso que se trata quando, com grande margem de discricionariedade, um tribunal de apelação ou superior declara *overruled* um precedente emanado dele próprio e passa a agregar ao ordenamento um novo ato normativo vinculante. [...] De outra parte, a própria adaptação de um precedente aos contornos fáticos diferenciados de um novo caso por meio de interpretação com efeitos restritivos ou ampliativos pode importar em decisão vinculante no âmbito de uma determinada estrutura judiciária. [...] Por último, há que se ter presente que o espírito do *common law*, de um direito criado a partir de casos julgados, interfere na maneira dos juízes e tribunais considerarem o direito legislado.³³³

Assim, afirma René David, na Inglaterra e nos Estados Unidos, cuja regulação continua sendo essencialmente judiciária, “as leis são plenamente integradas no direito apenas quando o seu alcance foi determinado por decisões judiciárias”.³³⁴

Essa força normativa dos precedentes levou Mauro Cappelletti a afirmar que nos Países do *common law* “o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito”.³³⁵

Ao analisar o ativismo judicial Lawrence Baum afirma que a Suprema Corte Americana intervém mais direta e nitidamente no processo de elaboração de políticas através do uso da revisão judicial, apesar de reconhecer que a revisão judicial não é a única base para as políticas ativistas, já que a Corte pode entrar em conflito com as políticas de outros poderes do Governo através de suas interpretações de leis.³³⁶

O uso mais conhecido da revisão judicial é sobre leis federais. Esta forma de revisão judicial também representa notável afirmação de poder pela Corte. Quando a Corte revoga uma lei federal sob fundamentos constitucionais, implicitamente impõe seu julgamento àquele dos outros poderes do Governo Federal.³³⁷

³³³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 108-109.

³³⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas contemporâneos*, p. 347.

³³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 123.

³³⁶ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*, p. 260.

³³⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 261.

Ressaltando que a Corte declarou inconstitucional pela primeira vez uma lei do Congresso em 1803, no famoso caso *Marbury versus Madison*, ele chama a atenção para o fato de que até 1983 a Corte havia revogado no todo ou em parte 114 leis federais, número considerado expressivo se levar em consideração que ela fez uso de seu poder de revisão uma vez a cada dois anos em média, porém se comparada com a quantidade de leis criadas pelo Congresso, mais de 60 mil, isso representaria uma fração bastante pequena.

Uma questão é a importância das disposições que a Corte tem anulado. A Corte revogou algumas leis de grande significação. Entre elas estiveram o Acordo de Missouri de 1820, concernente à escravidão nos territórios e que a Corte declarou inconstitucional no caso *Dred Scott*, em 1857; as leis sobre trabalho do menor que a Corte revogou em 1918 e 1922; e a legislação do *New Deal* que a Corte revogou em 1935 e 1936. Mas muitas das decisões da Corte que declaram inconstitucionais certas medidas, talvez a maioria, foram bem sem importância para os objetivos do Congresso e do Presidente do País quanto a políticas. Algumas das leis envolvidas eram de pouca significação. Em outros casos, a Corte revogou disposições relativamente sem importâncias de leis ou declarou-as inconstitucionais somente quando aplicadas a determinadas circunstâncias.³³⁸

Para Lawrence Baum uma questão que deve ser levada em consideração na abordagem da revisão judicial da Corte é a época de seu uso.

Em grande parte do tempo, a Corte tem revogado legislação muitos anos depois de sua promulgação. Até 1982, 61 por cento de todas as decisões que anularam legislação vieram mais de quatro anos depois da promulgação e 28 por cento estava em vigor há vários anos. Quando a legislação já estava em vigor há vários anos, antes de a Corte revogá-la, é improvável que a revogação suscite [sic] muita indignação congressional. Isto é particularmente verdadeiro quando a maioria que apoiava a política em questão já desapareceu com o passar do tempo.³³⁹

Por essas razões, afirma ele, o uso mais ou menos freqüente pela Corte de seu poder de rever leis congressuais é um pouco enganador.

³³⁸ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*, p. 261.

³³⁹ *Id., ibid.*, p. 262.

Qualquer decisão que revogue uma lei federal pode parecer envolver importante conflito entre a Corte e o Congresso, mas tais decisões, na verdade, podem atrair pouca atenção congressional ou pública. Falando de um modo geral, a revogação pela Corte de leis do Congresso é mais significativa quando as próprias leis são importantes e são revogadas com relativa rapidez. Somente uma minoria de casos entra nesta categoria.³⁴⁰

Outra questão a ser destacada que diz respeito à época do uso da revisão judicial são os padrões históricos, pois a Corte Americana não revogou leis a um ritmo regular, pelo contrário, revogou apenas duas leis antes de 1865, nos oito anos seguintes revogou oito leis e no meio século a seguir atacou leis do Congresso a uma taxa de mais de uma a cada dois anos. E apenas durante o período de 1918 a 1936, em que revogou duas leis sobre o trabalho do menor e uma lei de salário-mínimo, a Corte realmente esteve em conflito importante com o Congresso como legislador.³⁴¹

Quanto à revisão judicial de decisões presidenciais, Baum explica que elas podem ser impugnadas sob o fundamento de que conflitam com leis, com a Constituição ou com ambas. Ao decidir sobre tais impugnações, a Corte pode revogar políticas presidenciais do mesmo modo como poder revogar políticas congressionais. A Corte, uma vez ou outra, tem invalidado ato presidenciais importantes. A exemplo, temos: No *ex parte* Milligan (1866), a Corte decidiu que ao Presidente Lincoln faltara poder para suspender a ordem de *habeas corpus* para presos militares. No caso *Youngstown Sheet and Tube Co. versus Sawyer* (1952), declarou que era ilegal o Presidente Truman ordenar que o Governo Federal encampasse grandes acearias durante uma greve em tempo de guerra. No caso *Train versus Cidade de Nova York* (1975), a Corte limitou o poder do Presidente de recusar-se a gastar dinheiro destinado pelo Congresso, prática conhecida como retenção, que já havia sido usada pelo Presidente Nixon para reduzir ou eliminar programas dos quais discordava.³⁴²

Em síntese, Baum afirma que o histórico da Corte em geral pode ser visto sob duas perspectivas bem diferentes:

³⁴⁰ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana...*, p. 262.

³⁴¹ *Id., ibid.*, p. 263.

³⁴² *Id., ibid.*, p. 265.

Por um lado, os juízes, nitidamente, têm feito significativo uso do poder de revisão judicial como instrumento de elaboração de políticas. Ao revogar decisões do Governo, a Corte Suprema tem desempenhado importante papel em algumas partes do processo de políticas. Ao mesmo tempo, o impacto deste poder é limitado. A grande maioria das políticas públicas, em todos os níveis de governo, tem continuado em funcionamento sem interferência da Corte. [...] Certamente, a Corte não se tem feito o participante dominante do processo de elaboração de políticas através da revisão judicial.³⁴³

Keenan Kmiec³⁴⁴ em estudo mais recente demonstra que há na atualidade, em sede doutrinária, na experiência norte-americana, cinco conceituações sobre o ativismo judicial, de uso corrente, elencadas da seguinte maneira:

1) A prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes.

Nessa primeira conceituação o ponto de fragilidade reside em sua potencialidade lesiva ao princípio da separação dos poderes. Posto que o Judiciário poderia assumir duas posições diante das escolhas políticas realizadas pelo legislador nos casos de maior incerteza quanto à correta dicção do texto constitucional: adotar uma postura autolimitativa (*self-restraint*) e privilegiar a decisão do parlamento em face de questões controversas; ou dizer o direito aplicável às questões politicamente sensíveis, o que caracterizaria o ativismo judicial, a invalidar por inconstitucionalidade escolhas políticas dos outros órgãos estatais.

A dificuldade em identificar o ativismo judicial reside no processo de interpretação constitucional. O parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. E não é a mera atividade de controle de constitucionalidade que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis.

³⁴³ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana...*, p. 269.

³⁴⁴ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *California Law Review*, oct. 2004, p. 1463-1476. Disponível em: < http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm >. Acesso em: 8 fev. 2011.

2) A estratégia de não-aplicação dos precedentes. Essa conceituação guarda relação com o afastamento, pelo julgador, dos precedentes judiciais. Para melhor compreender o traço identificador da afirmação, vale destacar brevemente a estrutura dos sistemas jurídicos pertencentes ao sistema da *common law*. A base desses sistemas é a doutrina do *stare decisis*, na qual as decisões proferidas por órgãos de julgamento superiores devem ser seguidas por entidades judicantes inferiores toda vez que estas estiverem diante de fatos idênticos (verticalização dos precedentes). Ademais, um tribunal não deve ignorar suas próprias decisões anteriores (horizontalização dos precedentes), a menos que haja espaço para o *overruling*: desconstituição fundamentada do precedente, que não mais guardará o caráter vinculante reconhecido até então. Assim, nessa segunda vertente, o ativismo judicial seria um desrespeito às decisões com força vinculante (vertical ou horizontal) sobre o respectivo órgão judicante.

3) A conduta que permite aos juízes legislar da sala de sessões. Esse terceiro sentido voltado ao termo ativismo, chama a atenção para os *juízes legisladores*, e diz respeito à própria concepção que se tem do direito. Para alguns, o papel dos tribunais não é criar, mas revelar o sentido implícito do texto normativo. Uma corte ativista, neste sentido, seria a que ultrapassa os limites dados pelo texto normativo, ao impor sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes.

4) O afastamento dos cânones metodológicos de interpretação. Essa definição identifica ativismo ao verificar na prática o afastamento, da corte, dos cânones aceitos de interpretação.

5) O julgamento para alcançar resultado pré-determinado. Esta definição identifica o ativismo na prática jurisdicional cujo objeto seria alcançar finalidades predeterminadas. O ativismo e todos os demais traços percorridos podem constituir-se em técnicas ou instrumentos necessários a essa vontade do julgador. E dificilmente será possível descortinar os motivos subjacentes à decisão judicial, ainda mais de forma a evidenciar que a vontade do julgador tenha sido o principal elemento orientador.

Elival da Silva Ramos chama a atenção para o fato de que apesar de nos sistemas de *common law* as decisões judiciais assumirem a condição de ato veiculador de

norma jurídica balizadora de conduta e de novos atos de aplicação, que vão além, portanto, da concretização do direito em situações fáticas determinadas,

não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. Tanto é assim que, mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazio em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica (escolha de método de interpretação adequado, integração por meio de princípios gerais de direito ou analogia etc.).³⁴⁵

Diante do exposto, fica evidente porque no sistema de *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que contempla desde o uso da interpretação teleológica e integração de lacunas, com atuação irrepreensível do Poder Judiciário, até as situações, ainda que raras no sistema jurisprudencial anglo-saxão, em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Na família anglo-germânica, portanto, afirma Elival da Silva Ramos:

Não, há, pois, necessariamente, um sentido negativo da expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que no âmbito do *common law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí por que a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar para o plano da Filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma

³⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p.109.

atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.³⁴⁶

6.9.2. Ativismo judicial em sistema de *civil law*

O tema do ativismo judicial transcende as fronteiras norte-americanas para alcançar, em maior ou menor intensidade, quase todos os países que tenham optado pelo constitucionalismo no modelo ocidental, graças a alguns aspectos:

À presença de um catálogo de direitos – associada à jurisdição constitucional cujo exercício se outorgue a uma magistratura ou corte revestida de adequado desenho institucional de garantias – como impulsionadora de uma judicialização mais intensa da vida e da política, ambiente de debate que favorece a prática do ativismo, há de se acrescentar, na precisa lição de Marian Ahumada Ruiz³⁴⁷, a consolidação mesmo dos regimes democráticos. Afinal, superadas as mais imediatas preocupações com a sustentabilidade das democracias – e, portanto, da proteção da constituição como instrumento de estruturação do poder – abriu-se espaço a uma atuação mais construtora e reparadora do sentido constitucional e de seus efeitos sobre a sociedade. Menos que defender a Constituição (que já não parecia alvo de riscos reais e imediatos), aquilo de que se passam a ocupar as cortes constitucionais, trata-se de garantir os enunciados prospectivos desse mesmo texto fundante, buscando a sua eficácia.³⁴⁸

Na análise do ativismo judicial é importante levar em consideração, em países da *common law* e da *civil law*, os efeitos decorrentes do conceito de Estado e de seu papel. Para Marian Ahumada Ruiz o sistema europeu de jurisdição constitucional é mais receptivo a um modelo de Estado onipresente, posto na sociedade mediante uma rede cada vez ampla de direitos, deveres e obrigações recíprocos. Levando em consideração que, historicamente, o Estado de Direito na concepção européia baseou-se num traço feudal em que seus súditos, em troca de lealdade, requeriam uma proteção estatal. Diferentemente do

³⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 110.

³⁴⁷ AHUMADA RUIZ, Marian. *Alternativas a la judicial review y variedades de judicial review*. Themis, A. 6, n. 10, 2005, p. 52. Disponível em: < <http://www.stj.pt/docbweb/plinkres.asp?>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

³⁴⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 26-7.

que ocorrera no sistema norte-americano, em que a presença forte do Estado representara um mal em potencial.³⁴⁹

Após a Segunda Guerra Mundial houve uma acentuada redemocratização na Europa continental, especialmente na Alemanha e na Itália e isso irá caracterizar o novo Direito Constitucional. Observa-se, a partir daí, a formação de uma terceira forma de Estado de Direito. Desenvolve-se a preocupação com os direitos fundamentais e com a democracia – base do novo modelo de Direito Constitucional –, possibilitando um grande avanço às Cartas Políticas, que, até então, eram voltadas ao bem-estar de um estado intervencionista.³⁵⁰

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.³⁵¹

Destacam-se como principais referências no desenvolvimento do novo direito constitucional: a Lei Fundamental de Bonn — Constituição alemã de 1949 —, com a conseqüente criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951; a Constituição da Itália, de 1947, e a subseqüente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram peso ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, afirma Luís Roberto Barroso³⁵², o renascimento do direito constitucional se deu no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. A Carta Política de 1988 foi capaz, ainda que contemple problemas em seu texto, de promover a

³⁴⁹ AHUMADA RUIZ, Marian. *Alternativas a la judicial review y variedades de judicial review*.

³⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo...*, p. 245 e ss.

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 9 fev. 2011, p. 2-3

³⁵² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 3.

travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário para um Estado democrático de direito.

Para compreendermos o rumo que o novo Direito Constitucional tomou é necessário considerar uma questão filosófica muito importante: o pós-positivismo, cuja caracterização ocorre da confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo.

O jusnaturalismo moderno, que fora desenvolvido a partir do século XVI, foi responsável pela aproximação da lei à razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Por se fundar na crença em princípios de justiça universalmente válidos, acabou transformando-se no combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Por ser considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi sendo empurrado para a margem da história na medida em que ocorria a ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Na busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.³⁵³

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova

³⁵³ BARROSO Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 4. Para aprofundamento do tema, ver obra: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, t. 3.

hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia³⁵⁴:

De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias.³⁵⁵

Corroborando do entendimento apresentado acima, Luís Roberto Barroso esclarece que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.³⁵⁶

Aproveitando ainda os ensinamentos do doutrinador, verificamos que ele afirma que outros três itens contribuíram para o desenvolvimento desse novo Direito Constitucional: a) o reconhecimento da Constituição como força normativa; b) a expansão

³⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, p. 247-249.

³⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. II, p. 41.

³⁵⁶ BARROSO Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito...*, p. 4.

da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional.³⁵⁷

Ao longo do século XX a norma constitucional ganha *status* de norma jurídica, superando o papel que recebera até então de documento essencialmente político que servia para definir a atuação dos Poderes Públicos. “A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.”³⁵⁸

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, ou seja, a sua imperatividade — atributo de todas as normas jurídicas — e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

No tocante à expansão da jurisdição constitucional, importante dizer que antes de 1945 vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.³⁵⁹

Conforme vimos em item anterior, isso teve início primeiramente na Alemanha (1951) e na Itália (1956). A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E

³⁵⁷ BARROSO Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 4 e ss.

³⁵⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 5.

³⁵⁹ *Id.* *Ibid.*, p. 5-6.

também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*.³⁶⁰

No Brasil o controle de constitucionalidade incidental existe desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. A partir da Constituição de 1988 a jurisdição constitucional teve uma considerável expansão, principalmente com a ampliação do direito de propositura e a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. Com o intuito de conter o elevado número de recursos extraordinários interpostos junto ao Supremo Tribunal Federal, a EC nº 45/2004, que estabeleceu diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso.

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, que decorre da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito. Tendo como critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos: o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).³⁶¹

³⁶⁰ Cf. BARROSO Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 5-6.

³⁶¹ BARROSO Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 6.

As especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver e sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.³⁶²

A interpretação jurídica tradicional foi desenvolvida sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabendo a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabendo a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Assim, a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*.³⁶³ Após identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.³⁶⁴

Com o avanço do direito constitucional, tais premissas deixaram de ser integralmente satisfatórias. Quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente. Em relação ao *papel do juiz*, além da função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo, ele passa a ser também um co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis, podemos citar como exemplo disso: as cláusulas gerais³⁶⁵, os princípios³⁶⁶, as colisões de normas constitucionais³⁶⁷, a ponderação³⁶⁸ e a argumentação³⁶⁹ que são fundamentais atualmente no trabalho do intérprete.³⁷⁰

³⁶² Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁶³ BARROSO Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito...*, p. 7.

³⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, p. 267 e ss.

³⁶⁵ As *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados — que não são uma categoria nova no Direito nem tampouco específica do direito constitucional, ao contrário, de longa data integram a técnica legislativa e

Sobre a interpretação trataremos detalhadamente ao abordarmos a atuação do Poder Judiciário na análise de um caso concreto.

Assim, o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional que resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

também podem ser encontradas no direito civil e no direito administrativo — contêm termos ou expressões abertas, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 8 e 28).

³⁶⁶ O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 8).

³⁶⁷ A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais passou a ser percebida como um fenômeno natural no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 8).

³⁶⁸ A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos — hierárquico, cronológico e da especialização — quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele: fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite; procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Em suma o intérprete fará uso do princípio instrumental da *razoabilidade* (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 8).

³⁶⁹ As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes — por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento — a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 8-9).

³⁷⁰ BARROSO Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito..., p. 7.

Nota-se que no Brasil desde o surgimento dos fenômenos: *constitucionalização do Direito* e a *judicialização das relações sociais*, tem-se observado uma atitude ativista dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dentro de um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance em muitas vezes.

O ativismo judicial faz parte da ascensão institucional do Poder Judiciário, fruto do modelo constitucional adotado no Brasil com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Portanto, não pode ser considerado um fenômeno isolado ou um mero exercício deliberado de vontade política, ao contrário, acompanha as inúmeras mudanças do Direito Constitucional, as quais ocasionaram uma transformação no modo de pensar e praticar o direito.

A partir da Constituição Federal de 1988, o país passa de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, preocupado com a concretização de direitos, como igualdade e justiça social, e, ainda, com a garantia de direitos fundamentais, tendo como um de seus pilares e fundamentos a conferir caráter norteador o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o ativismo judicial no Brasil faremos análise mais detalhada após verificarmos como a questão é tratada no direito comparado.

6.9.3. Alguns exemplos no direito comparado

Na Alemanha, segundo as lições de Donald Kommers³⁷¹, algumas estratégias foram adotadas pela Suprema Corte, destinadas a minimizar o impacto político de suas decisões. Destacam-se: os provimentos, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente por intermédio de exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a constitucionalidade da norma, porém adverte o

³⁷¹ KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. London: Duke University Press, 1997, p. 153.

legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, exceto se houver atuação legislativa retificadora.

Em ambas as situações as estratégias são destinadas à construção de um diálogo institucional que permita evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema do equilíbrio e harmonia entre os poderes.³⁷²

Na Itália, destaca-se o desenvolvimento da doutrina do direito vivente³⁷³, que mitiga os riscos atinentes a uma excessiva concentração de poderes em favor da Corte Constitucional. Operando sob um sistema de jurisdição constitucional concentrada, em que a provocação à análise da questão constitucional dissemina-se por todo o Judiciário, ao remeter-se a decisão à Corte Constitucional, põe-se, como variável à consolidação do papel deste órgão jurisdicional, a construção de uma cooperação com os próprios membros do Judiciário, que detinham competência para elevar os temas à sua apreciação. A solução doutrinária traduz-se no reconhecimento de um nexo de instrumentalidade entre interpretação e aplicação da lei. Disso decorrerá mais do que a dissociação entre o texto e a norma, mas a necessidade de conhecer e considerar, para enfrentar a questão constitucional, o *significado aplicado*, no âmbito do Judiciário, da norma como hipotético resultado hermenêutico.³⁷⁴

O direito vivente funciona, portanto, como um instrumento de delimitação do ativismo judicial ao estabelecer os parâmetros da discussão e orientar o objeto da atuação da Corte Constitucional. E mais, acaba por fortalecer os direitos sociais na medida em que amplia a extensão do princípio da igualdade, com vistas ao favorecimento da igualdade material.³⁷⁵

Na Espanha, segundo lições de Eduardo García de Enterría, o Tribunal Constitucional, no desenho institucional concebido pela Constituição de 1978, há de

³⁷² Ver nesse sentido: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

³⁷³ Sobre o histórico da doutrina do direito vivente consultar obra: MARTÍN DE LAVEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

³⁷⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal...*, p. 30.

³⁷⁵ Cf. CHELI, Enzo; BARILE, Paolo; GRASSI, Stefano. *Instituzioni di diritto pubblico*. Torino: Cedam, 2005, p. 48-49.

funcionar como elemento garantidor da continuidade do consenso político que permitiu a retomada da ordem democrática.³⁷⁶

A ampliação do ativismo judicial na Espanha tem ganhado força, assim como na Itália, graças à inércia do Parlamento. E nós verificaremos que no Brasil o trajeto tem sido semelhante.

Para José Eisenberg, essa maior participação política dos tribunais constitucionais é fruto de dois movimentos distintos:

(1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma ‘tribunalização’ da política, em oposição à judicialização representadas pelo primeiro movimento.³⁷⁷

Em verdade, esse crescimento da função jurisdicional e importância da atuação do Tribunal Constitucional espanhol ocorreram devido ao fracasso dos mecanismos preventivos dos desvios ou patologias de funcionamento das estruturas formais de poder.³⁷⁸

Manifestação típica do ativismo espanhol – a exemplo do italiano é o desenvolvimento jurisprudencial de técnicas e modalidades de provimento que permitem a concretização de atividades distintas da simples chancela de validade ou nulidade dos temas submetidos a controle. É no espaço de eventual baixa densidade de normas constitucionais que a atividade interpretativa encontrará maior liberdade de atuação; e justamente esses espaços propiciaram

³⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 207.

³⁷⁷ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Weneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 47.

³⁷⁸ Cf. ANDRÉS IBÁÑES, Perfecto. Veinticinco años de administración de justicia y Constitución. In: CAPELLA, Juan-Ramón. *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003, p.165.

na Espanha o desenvolvimento das sentenças interpretativas e aditivas, veículos da concretização do ativismo judicial.³⁷⁹

A expansão do papel político dos tribunais nas democracias contemporâneas, ao menos no Ocidente, é reflexo de um fenômeno que está associado a algumas condições, vejamos:

- (i) sistema político democrático;
- (ii) separação de poderes;
- (iii) exercício de direitos políticos;
- (iv) uso dos tribunais pelos grupos de interesse;
- (v) uso dos tribunais pela oposição; e
- (vi) inefetividade das instituições majoritárias.³⁸⁰

A essas condições some-se a constitucionalização do Direito após a Segunda Guerra Mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos; a atuação da Suprema Corte norte-americana; e a tradição européia de controle concentrado de constitucionalidade das leis, aspectos que já abordamos anteriormente.³⁸¹

Esse fenômeno foi denominado por Ran Hirschl³⁸² de *juristocracy* (juristocracia), que em seus estudos observa que a reforma constitucional transferiu um montante sem precedentes de poder decisório das instituições representativas para sistemas judiciários.

Para abordar a temática da judicialização da política Hirschl enumera três postulados: (1) afirma que a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, assim como para outras instâncias administrativas de decisão cujos representantes não são eleitos democraticamente (como por exemplo: agências administrativas independentes ou agências reguladoras), não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-

³⁷⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal...*, p. 31.

³⁸⁰ Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*. Curitiba, n.23, p.115-126, nov. 2004.

³⁸¹ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

³⁸² HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004, p. 1.

político de uma sociedade; (2) explica que as instituições políticas e jurídicas, bem como as suas reformas, promovem efeitos distributivos diferenciados, inclinando-se, inevitavelmente, para alguns grupos e indivíduos em detrimento de outros; e (3) os diferentes atores políticos, econômicos e jurídicos tendem a agir estrategicamente no sentido de apoiar a consolidação de estruturas institucionais que beneficiarão, na maior medida possível, os seus próprios interesses particulares ou corporativos.³⁸³

O autor justifica os postulados elencados por meio da *hegemonic preservation thesis* (tese da preservação hegemônica):

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associações com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis.³⁸⁴

Assim, para Hirschl o fenômeno da judicialização política, ou seja, a progressiva transferência de poderes decisórios para o Judiciário (nas democracias contemporâneas) “serve aos interesses de uma Suprema Corte que procura ressaltar sua influência política”.³⁸⁵

Segundo Alec Stone Sweet a judicialização da política constitui uma tendência de difusão das técnicas de argumentação e adjudicação típicas do Direito Constitucional em outros poderes:

O processo pelo qual os legisladores absorvem as normas de conduta da adjudicação constitucional, a gramática e o vocabulário do Direito Constitucional [...]. Em uma política judicializada, o discurso legal é responsável pela mediação entre o debate partidário e as estruturas de exercício do poder legislativo.³⁸⁶

³⁸³ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy...*, p. 38 e ss.

³⁸⁴ *Id. Ibid.*, p. 49.

³⁸⁵ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

³⁸⁶ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 203.

Observa, ainda, Sweet que “resolver conflitos legislativos sobre constitucionalidade, mantendo e reforçando, ao mesmo tempo, a legitimidade política da revisão constitucional para o futuro”³⁸⁷ é o interesse institucional dos tribunais.

Para Hirschl a judicialização promove o *entrenchamento constitucional dos direitos*, pois tanto o Executivo quanto o Legislativo podem, mediante apoio (deliberado) a esta estratégia de transferência de poderes, retirar temas controvertidos do debate público, os quais dificilmente seriam decididos em sentido favorável, ou porque não há consenso ou porque foram suficientemente debatidos.³⁸⁸

Completando esse raciocínio podemos verificar em Vanice Regina Lório do Valle que:

A judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação da sociedade, por exemplo. Essas premissas constituem-se em importantes instrumentos analíticos para se investigar a visibilidade conferida ao Poder Judiciário, particularmente às decisões do Supremo Tribunal Federal na atualidade, assim como as consequências de tal protagonismo na mobilização e participação da sociedade.³⁸⁹

6.9.4. Ativismo judicial no Brasil

No Brasil a expansão do poder dos magistrados, antes periférico na prática republicana, a partir da assunção do papel normativo da Constituição de 1988 acarretou uma mudança comportamental da função judiciária, passando de uma quase passividade a uma judicialização que vem sendo considerada excessiva.

Destaca Vanice Regina Lório do Valle que apesar de o tema da desvinculação aos precedentes não serem muito aplicado no Brasil — já que o espectro de

³⁸⁷ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, p. 199-200.

³⁸⁸ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy...*, p. 39-44.

³⁸⁹ VALLE, Vanice Regina Lório do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal...*, p.35-6.

decisões judiciais de caráter vinculativo na justiça brasileira é ainda estreito —, fato é que todos os sentidos reconhecidos à expressão ativismo judicial conforme o Direito norte-americano têm incidência no Direito brasileiro, que igualmente reputa a jurisdição, especialmente a constitucional, “como ameaça ao equilíbrio entre poderes; ao risco inerente de ‘governo dos juízes; à aplicação dos cânones adequados de interpretação; e à postura de se evitar a jurisdição exercida conforme uma concepção pré-determinada.”³⁹⁰

A discussão que envolve o ativismo judicial no Brasil tem sido abordada especialmente por cientistas políticos com atenção voltada à problemática da judicialização da política.³⁹¹

Para Andrei Koerner e Débora Alves Maciel³⁹²:

Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via. Refere-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político, ou referente a decisões privadas dos cidadãos (como questões de família). Decisões judiciais particulares poderiam ser sujeitas a escrutínio e seu conteúdo poderia ser avaliado como ‘grau de judicialização’. A expressão é usada neste sentido mesmo para decisões que não são propriamente judiciais como no caso da verticalização das coligações políticas decidida pelo TSE.

³⁹⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal...*, p. 36.

³⁹¹ Nos últimos anos, alguns autores já apresentaram significativos estudos acerca do tema, destacando-se CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. SANTOS, Boaventura de Souza. *Direito e Democracia: A Reforma Global da Justiça*. In: José Manuel Pureza e António Casimiro Ferreira (Orgs.). *A teia global: movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, 2001, p. 125-177. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002. SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Entre nós, ocupam a centralidade dos debates os trabalhos de VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. VIANNA, Luiz Werneck Vianna et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, no. 34, p. 147-156, jun. 1997. E, ainda, o primoroso trabalho que introduz uma específica e qualificada visão sobre o tema de RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*.

³⁹² KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*. São Paulo, n. 57, p.113-133, São Paulo, 2002, p. 115.

Segundo esses autores, a judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da policy-making a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão. Por essa razão, a ideia de judicialização envolve dimensão procedimental e substantiva do exercício das funções judiciais.

A expressão ‘judicialização da política’ passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1996), em que foram formuladas linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. ‘Judicialização da política’ e ‘politização da justiça’ seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos.³⁹³

Marcus Faro, ao analisar o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal, ressalta que, do ponto de vista do processo político o fenômeno promove uma interação entre os Poderes que não é, necessariamente, prejudicial à democracia, eis que ela sucede quando “os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’”.³⁹⁴

O sistema brasileiro de jurisdição constitucional é complexo, conforme reconhece o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, no voto proferido na ADPF 33, e envolve diversas vias de ação, com sobreposição de competências, controle difuso e concentrado (sistema fortemente orientado à efetividade de um texto constitucional comprometido com os direitos sociais).³⁹⁵ Por causa dessa

³⁹³ KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política..., p. 114.

³⁹⁴ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política, p. 149 ss. No rastro do mesmo pensamento, poderíamos sugerir que a judicialização da política, ao contrário do que se presume corriqueira e ingenuamente, não representa um atentado à cláusula de independência e harmonia entre os poderes. (GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. In: *Revista direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 4, p. 4, 2008.

³⁹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal...*, p. 36.

complexidade, Matthew M. Taylor³⁹⁶ afirma que no sistema brasileiro, fundado numa engrenagem delicada, é possível com uma lógica majoritária formal que permite a aprovação das linhas de ação de governo, e ainda com uma matriz consensual, a uma minoria paralisar o projeto de ação do poder.

Percebe-se claramente com as alterações introduzidas pela EC n. 45/2004 e pela própria mudança da composição do STF a partir de 2003, uma espécie de ativismo judicial, eminentemente formal e preocupado com a redefinição das competências do próprio STF, como um processo autônomo por parte de nossa jurisdição constitucional. Esta redefinição institucional, operada com o auxílio da noção de mutação constitucional é norteadada, sobretudo, pelos ideais de concentração e de vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal.³⁹⁷

O voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na ADI 1.351/DF, demonstra claramente o interesse dos ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução – ativista e criativa – de problemas e questões controvertidas no futuro:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal não poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Noutros julgamentos, verifica-se a solidificação do posicionamento do Ministro Gilmar Mendes quanto ao ativismo judicial. Podemos citar como exemplo os importantes casos envolvendo o direito de greve dos servidores públicos (MI 670, 708 e 712) e a fidelidade partidária (MS 26.602 e 26.604).

Sobre o direito de greve dos servidores públicos, vale aqui fazermos uma breve explanação para demonstrar a alteração no posicionamento do STF.

³⁹⁶ TAYLOR, Matthew M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford University Press, 2007, p. 209.

³⁹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal...*, p. 37.

O STF no Mandado de Injunção nº 107, cuja relatoria foi de Moreira Alves, DJ de 28-11-1989, determinou que “a Corte não está autorizada a expedir uma norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata, uma vez que tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de Poderes”.

Porém, em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção nº 670 e 708, ambos de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes e MI 712 de Relatoria do Ministro Eros Grau, reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.786/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.³⁹⁸

Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.³⁹⁹

Por ser considerado um marco no posicionamento do STF, bem como a demonstração do papel de legislador ativo da Corte, entendemos por bem transcrever abaixo na íntegra o voto do Ministro Eros Grau no MI 712:

1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.
2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n.

³⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1273.

³⁹⁹ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis.

3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição.

4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes.

5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.

6. A greve, *poder de fato*, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental.

7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê *limitação* do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve.

8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público.

9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social.

10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa.
11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício.
12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura.
13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] -- é insubsistente.
14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico.
15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.
16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

Observe-se que sobre a atuação de legislador positivo do STF, o Min. Eros Grau argumenta — demonstrando a nítida mudança no posicionamento da Corte do julgamento do MI 107 para o MI 712 —, que “o Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico no caso do mandado de injunção”.

Entendemos, diante deste caso concreto, que a mudança no posicionamento do STF já se fazia necessária, posto que de 1988 — momento da entrada em vigor da atual Constituição Federal que contemplou a ação constitucional chamada mandado de injunção para assegurar direito prejudicado por falta de norma regulamentadora —, até 2007 quando houve os julgamentos dos MI 607, 708 e 712, o STF com sua decisão de se limitar à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, acaba por tornar inócuo o direito daquele que pleiteava uma decisão, posto que

ficava assistindo a inércia do Poder Legislativo. Ademais, cumpre salientar que quem vai a juízo pleitear a regulamentação do exercício de seu direito não espera sair de lá simplesmente com uma decisão do STF que represente apenas um puxão de orelha do legislador, mas sim com uma decisão que reconheça e que torne eficaz o seu direito.

A nova visão da Suprema Corte ficou claramente representada nas palavras do Ministro Celso de Mello, proferidas na referida sessão de julgamento, que pedimos licença para transcrever na íntegra, dada sua importância na discussão da presente tese:

[...] Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem vem se negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

A terceira fase da postura do STF acerca dos efeitos das decisões dos mandados de segurança, após anos de “engessamento” do instituto, finalmente coincide com a vontade do legislador constituinte, quando optou pela inclusão dessa ação no ordenamento jurídico pátrio.

Entretanto, conforme propõe o presente estudo, ainda é necessário confrontar esse novo posicionamento com a separação dos Poderes, de modo a verificar se estaria havendo ou não uma violação do referido princípio.

A princípio, convém fixar a premissa de que a separação dos Poderes não pode ser vista de maneira absoluta, de modo a impedir que o Poder Judiciário possibilite a efetivação e garantia dos direitos e liberdades constitucionalmente assegurados, sob pena da Constituição virar rol de direitos e garantias sem qualquer efetividade.

A atividade judicial deve ser vista como possuidora também de funções normativas complementares à atividade do Poder Legislativo, sem que, em qualquer momento, transpareça qualquer afronta ou desprestígio àquele poder. Tal atividade deve ser encarada como uma atividade necessária à plena atuação jurisdicional. Nesse sentido, Kelsen (*apud* Gonçalves, [online], http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num23/artigos/artigo_5.pdf) registrou suas ideias:

“O conceito de separação de poderes” designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do estado, e que é possível definir

fronteiras separando cada um dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos não há três, mas duas funções básicas do estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas [...] É impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.

Além de não se poder admitir a “exclusividade de atuação” a cada um dos três Poderes, no desempenho de suas tarefas típicas, também há que se observar, com fundamento no direito comparado, que outros países (especialmente Alemanha e Itália) também admitem que o Judiciário profira decisões normativas como solução legítima nos casos de omissões inconstitucionais, sem que isso seja tido como ofensa ao modelo da separação dos Poderes. A atuação do Judiciário deve, primordialmente, sempre visar a tutela efetiva de direitos fundamentais.

A questão da separação dos Poderes à luz do novo posicionamento do STF na apreciação dos mandados de injunção foi brilhantemente abordada em recente decisão da lavra do Ministro Eros Grau, proferida no Mandado de Injunção nº 786, publicada em 07.05.2009. Dessa decisão destacam-se os seguintes trechos, pertinentes ao tema ora em debate:

[...] 14. Toda a exposição que segue neste apartado do meu voto é extraída de justificativa de autoria do Professor JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA [...] “1. É princípio assente em nosso direito positivo que, não havendo norma legal ou sendo omissa a norma existente, cumprirá ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 4º; Cód. Proc. Civil, art. 126). Assim, o que pode tornar inviável o exercício de algum direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurados não será nunca a ‘falta de norma regulamentadora’ mas, sim, a existência de alguma regra ou princípio que proíba ao juiz recorrer à analogia, aos costumes ou aos princípios de direito para suprir a falta de norma regulamentadora. Havendo tal proibição, configura-se a hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, diante da qual o juiz é obrigado a extinguir o processo sem julgamento de mérito (Cód. Proc. Civil, art. 267, VI), o que tornará inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa assegurados pela Constituição. O caso, pois, em que cabe o mandado de injunção é exatamente o oposto daquele em que cabe o mandado de segurança. Vale dizer, é o caso em que o requerente não tem direito de pretender a tutela jurisdicional e em que requerido teria o direito líquido e certo de resistir a essa pretensão, se acaso fosse ela deduzida em Juízo. Esta constatação — prossegue BOTELHO DE MESQUITA — é de primordial importância para o conhecimento da natureza e dos fins do mandado de injunção. Dela deriva a

determinação dos casos em que se pode admitir o mandado de injunção e também dos objetivos que, por meio dele, podem ser alcançados”. O mandado de injunção “destina-se, apenas, à remoção do obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. A remoção desse obstáculo se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante. É este o resultado prático que se pode esperar do julgamento do mandado de injunção. A intervenção supletiva do Poder Judiciário deve subordinar-se, porém, ao princípio da independência e da harmonia entre os Poderes (CB, art. 2º). A autorização constitucional para a formação de normas supletivas não importa permissão ao Poder Judiciário para imiscuir-se indiscriminadamente no que é da competência dos demais Poderes. Trata-se apenas de dar remédio para omissão do poder competente. Para que tal omissão se configure, é preciso que a norma regulamentadora não tenha sido elaborada e posta em vigor no prazo constitucional ou legalmente estabelecido, quando houver, ou na sua falta, no prazo que o tribunal competente entenda razoável [...] O que cabe ao órgão da jurisdição não é, pois, constringer alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta de norma regulamentadora, criando, a partir daí, uma coação da mesma natureza daquela que estaria contida na norma regulamentadora [...]. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos“. [...] constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante. 18. O argumento de que a Corte estaria então a legislar — o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] — é insubsistente. 19. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição, função normativa, porém não legislativa [...]. 25. Afastado, contudo o critério tradicional de classificação das funções estatais, cumpre fixarmos-nos naquele outro, que conduz à seguinte enunciação: [i] função normativa – de produção das normas jurídicas [= textos normativos]; [ii] função administrativa – de execução das normas jurídicas; [iii] função jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas. 26. A função legislativa é maior e menor do que a função normativa. Maior porque abrange a produção de

atos administrativos sob a forma de leis [lei apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o]; menor porque a função normativa abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo. 27. Daí que a função normativa compreende a função legislativa [enquanto produção de textos normativos], a função regimental e a função regulamentar. 28. Quanto à regimental, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada. Aqui o Judiciário — na dicção de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA — remove o obstáculo criado pela omissão do poder competente para editar a norma regulamentadora faltante, essa remoção realizando-se mediante a sua formulação supletiva. 29. De resto, é ainda certo que, no caso de concessão do mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como novo texto normativo. 30 Apenas para explicitar, lembro que texto e norma não se identificam ³. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos — disposições, preceitos, enunciados — em normas. 31. O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado. 32. Ademais, não há que falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original. 33. De resto, o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. Note-se bem que não se trata de simples poder, mas de dever-poder, ideia já formulada por JEAN DOMAT ⁴ no final do século XVII, após retomada por LEÓN DUGUIT ⁵ e, entre nós, por RUI BARBOSA ⁶, mais recentemente por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ⁷. 34. A este Tribunal incumbirá — permito-me

repetir — se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador. 35. No caso, o impetrante solicita seja julgada procedente a ação e, declarada a omissão do Poder Legislativo, determinada a supressão da lacuna legislativa mediante a regulamentação do artigo 40, § 4º, da Constituição do Brasil, que dispõe a propósito da aposentadoria especial de servidores públicos. 36. Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador — tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados — que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só. 37. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial. [...] Julgo parcialmente procedente o pedido deste mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício, pelo impetrante, do direito consagrado no artigo 40, § 4º, da Constituição do Brasil, nos termos do artigo 57 da Lei n. 8.213/91.

Os argumentos utilizados pelo Min. Celso de Mello, observados na decisão acima, não deixam dúvidas de que a postura adotada pelo STF no julgamento dos mandados de injunção não viola o princípio da separação dos Poderes. Esse novo posicionamento, ao contrário, apenas se mostra atento à necessidade de efetivação dos direitos e garantias previstos no texto constitucional, cumprindo com o poder-dever do Estado, no mandado de injunção, de formular supletivamente a norma regulamentadora faltante, como pretendeu o legislador constitucional.⁴⁰⁰

Há quem diga que se está vivendo o “século do Judiciário”, pois esse poder estatal está se mostrando cada vez mais atuante, num movimento que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. Porém, é necessário reconhecer que postura pró-ativa do Poder Judiciário, dependendo do caso em que for adotada, pode, de fato, afrontar o princípio da separação dos Poderes, caracterizando verdadeira usurpação da esfera de atuação e de competência de um ou de outro poder. Não se pode esquecer que o ativismo

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Ribeiro de. Mandado de injunção à luz da separação de Poderes. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/mandado-de-injuncao-a-luz-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

judicial jamais deve se sobrepor ao poder do legislador democrático, pois vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito.⁴⁰¹

Entretanto, é forçoso perceber que, por muitas vezes, a omissão do Poder Legislativo ou mesmo do Executivo, tem causado prejuízos à sociedade, restringindo e até inviabilizando seus direitos. Entendemos que justamente nesses casos deverá atuar o Poder Judiciário, especialmente em relação ao mandado de injunção, atendendo ao seu dever-poder de formação supletiva da norma regulamentadora faltante, conforme o dizeres dos Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Celso de Mello, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo próprio sistema jurídico.

A postura do STF foi acertada ao rever seu entendimento sobre a efetivação do mandado de injunção, tendo rompido com a postura de simplesmente declarar a omissão inconstitucional, passando a garantir o exercício do direito obstado pela ausência de norma, até a edição da mesma, sem, contudo, que isso fosse tido como violação ao princípio da divisão dos Poderes. Ao contrário, a nosso ver, o direito discutido nos mandados de segurança acima há tempos clamava por atuação mais ousada, evidentemente dentro dos limites do juridicamente permitido.

Oportuno observar que a evolução no posicionamento do STF é importante para a sociedade como um todo, pois a questão da omissão inconstitucional transcende a esfera de realização das legítimas pretensões individuais, sendo fundamental para a concretização da Constituição como um todo, ou seja, para a realização do próprio Estado Democrático, que tem seus fundamentos na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada e no pluralismo político, conforme disposto no art. 1º da Carta Magna.⁴⁰²

Outro ponto que merece atenção na análise do ativismo judicial é saber se ao decidir, agindo como um típico legislador ativo, o STF fere a separação de poderes.

De acordo com os ensinamentos de Elival da Silva Ramos:

⁴⁰¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Ribeiro de. Mandado de injunção à luz da separação de Poderes. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/mandado-de-injuncao-a-luz-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

⁴⁰² OLIVEIRA, Ana Carolina Ribeiro de. Mandado de injunção à luz da separação de Poderes.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Conforme foi possível observar na fundamentação do voto do Ministro Eros Grau no MI 712, quanto ao argumento de que na decisão que estabelece como será exercido o direito, a Corte está ferindo o princípio da separação de poderes, o Ministro foi enfático: “O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico”.

É necessário reconhecer que as decisões judiciais são criativas e inovadoras, não se limitando a reproduzir o que está nos textos legais, ao contrário, ao interpretar a norma os aplicadores do direito, desdobram, adaptam e enriquecem os textos legais para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atividade jurisdicional, porém esse fato em si não deve ser visto como pernicioso, pois é o próprio sistema jurídico que permite essa margem de liberdade aos intérpretes do direito. Ademais, é forçoso lembrar que “a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa”.⁴⁰³

Essa margem de liberdade dada ao intérprete do direito, conhecida como discricionariedade, pode ser verificada tanto na função legislativa quanto na função jurisdicional e pode ser definida como a liberdade de ação nos limites do direito, e já fora defendida por Kelsen em sua obra *Teoria pura do direito*, para quem as atividades legislativa e jurisdicional estão, em alguma medida, submetidas à observância de

⁴⁰³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 119.

parâmetros jurídicos previamente estabelecidos, podendo ambas se desenrolar com certa liberdade dentro desses marcos.⁴⁰⁴

Elival da Silva Ramos adverte que:

[...] o juiz, ao compor litígios ou conflitos normativos, está sujeito a condicionamentos jurídicos muito mais intensos, por se referirem à totalidade do sistema que opera. A discricionariedade judicial, por outro lado, também conhece em si própria uma gradação. [...] Haverá liberdade mínima se o texto normativo for vazado de modo preciso e objetivo e máxima se a solução da espécie demandar a integração de lacuna. Entre esses dois extremos, situam-se, talvez, a maior parte das situações submetidas a julgamento, em que o julgado detém considerável margem de manobra, devido, por exemplo, à existência de programas normativos conflitantes, cada qual atrelado a distinta combinação de métodos de interpretação, ou por se tratar de dispositivo legal que renda ensejo à formulação de um conceito indeterminado.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 466 e ss.

⁴⁰⁵ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 124.

PARTE IV - A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

7. A REPERCUSSÃO GERAL NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

7.1. Considerações sobre o surgimento do Estado de legalidade: a supremacia do Poder Legislativo em relação aos demais Poderes. 7.2. A criação da lei. 7.3. A evolução da função jurisdicional: do Estado legal ao Estado constitucional. 7.4. Interpretação e concretização da norma pelo Poder Judiciário. 7.5. Análise crítica. 7.6. Atuação do Poder Judiciário diante de um caso concreto. 7.6.1. Evolução histórica dos direitos do homem: do direito individual ao direito de solidariedade. 7.6.2. Caso concreto: colisão do direito individual de propriedade diante do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 7.6.2.1. Explicação necessária. 7.6.2.2. Caso concreto.

No presente capítulo iniciaremos nosso estudo falando sobre o surgimento do Estado de legalidade, fruto da ideologia legalista, surgida na França com a Revolução Burguesa, que passou a reduzir o direito à lei; na sequência falaremos sobre a criação da lei com o objetivo de verificar se um Estado que se denomina Democrático de Direito, assim o seria porque simplesmente aplica a lei. Fazemos esta observação levando em conta que muitas vezes as leis são produzidas com base em interesses de pessoas ou grupos, que não necessariamente se coadunam com os interesses da sociedade ou mesmo o interesse do Estado. Para finalizar abordaremos o papel do Poder Judiciário na aplicação da norma e o posicionamento do juiz em um litígio, especificamente diante de um caso concreto que envolva a discussão de um direito individual frente ao difuso.

7.1. Considerações sobre o surgimento do Estado de legalidade: a supremacia do Poder Legislativo em relação aos demais Poderes

A Revolução Francesa, ocorrida em 1789, traz a marca característica do início de uma instituição política, chamada por Carré de Malberg, em sua obra⁴⁰⁶, de

⁴⁰⁶ MALBERG, Raymond Carré. *Contribution à la Théorie Générale de L'État*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920. Utilizaremos a tradução do Professor Sérgio Resende de Barros especialmente para

Estado legal, conceito que será ampliado e denominado por Sérgio Resende de Barros de *Estado de legalidade*⁴⁰⁷.

Em razão de um ambiente social favorável às mudanças, com franca adesão popular às teses iluministas que buscaram romper com o quadro de privilégios do antigo regime aristocrático, foi possível buscar “uma arquitetura jus-racionalista que tinha por meta estabelecer o monopólio estatal jurídico-interpretativo de base legislativa hipertrofiando o *logos* discursivo”.⁴⁰⁸

A construção teórica racional oitocentista pressupõe o conhecimento dos postulados jurídicos epistemológicos que caracterizam o Estado moderno, que podem ser classificados aleatoriamente, portanto sem que se pretenda estabelecer uma ordem hierárquica ou cronológica, da seguinte maneira: (i) pretensão do monopólio da produção jurídica vinculativa – culminando tanto com o processo de laicização do direito quanto com a impossibilidade do reconhecimento de um direito, seja de que origem for, fora do Estado; (ii) supremacia das fontes jurídicas estatais sobre as demais fontes espontâneas da produção do direito, consubstanciada na publicização das relações privadas; o contrato, instrumento essencialmente particular, passa a ter como critério de validade sua adequação formal e/ou material às normas editadas pelo Estado, contra as quais as partes não podem mais se insurgir simplesmente com fundamento na autonomia da vontade; (iii) emancipação da ordem jurídica em face das demais ordens normativas; (iv) a pretensão da dominação lingüístico-tecnológica, culminando com o estabelecimento de um monopólio interpretativo situado em determinados agentes políticos legitimados por uma esfera de poder.⁴⁰⁹

O Estado de legalidade surge na França em decorrência da ideologização da lei. A revolução dos burgueses, em verdade, foi menos contra o Absolutismo do que foi contra a alta nobreza e o alto clero. O Absolutismo acabou sendo mantido, porém sob outro enfoque: no lugar do rei colocaram a lei, sob o direcionamento previsto no art. 5º da

uso de seus alunos, no segundo semestre de 2009, na disciplina A negação do Estado de direito pelo Estado de legalidade, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁴⁰⁷ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas, SP: Milenium, 2007.

⁴⁰⁸ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23.

⁴⁰⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 24.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 26 de agosto de 1789, pela Assembléia Nacional da França: “[...] tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”.⁴¹⁰

É significativo o quadro de Jacques-Louis David, representando a consagração de Napoleão I e a Coroação da Imperatriz Josefina na catedral de *Notre-Dame* de Paris, em 02.12.1804, quando o Imperador toma a coroa das mãos do Papa Pio VII e a coloca na própria cabeça. O argumento iconográfico traz subjacente à sua plasticidade a mudança da cabeça a ser coroada: do Rei para o Parlamento, dando a ideia do estabelecimento do império legal.⁴¹¹

A Inglaterra tinha vivido, em 1688, a Revolução Gloriosa, que distribuiu funcionalmente os poderes, dando início ao processo de construção de um Estado laico, que representou a supremacia do Parlamento sobre o poder divino dos reis. A Câmara dos Lordes e a dos Comuns somente declararam Guilherme de Orange e sua esposa Maria, rei e rainha da Inglaterra após a certeza de que estes garantiriam o respeito à Declaração de Direitos de 1689. Uma das vedações aos soberanos consistia exatamente na proibição da reserva dos atributos da soberania e na impossibilidade de se arrogarem agir como poder legislativo, sendo considerada ilegal a suspensão das leis, característica do absolutismo. O rei foi, assim, despojado de diversos poderes e passou a depender, na quase totalidade de seus atos, do legislador.⁴¹²

A Revolução Francesa, ocorrida 100 anos após a Revolução Gloriosa, foi sangrenta, repleta de ideologias que mais tarde redundariam no cerceamento do exercício do direito político por parte daqueles que não tivessem propriedade, conforme verificaremos adiante. A revolução ocorrida na França foi eminentemente política no que tange a superestrutura política, jurídica e ideológica. Ela não alterou a estrutura administrativa, ao contrário, conforme denuncia Carré de Malberg, houve não só uma continuidade, mas um desenvolvimento e valorização da Administração Pública, a ponto de a França ser vista como a pátria do Direito Administrativo.

⁴¹⁰ SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P; FOLMANN, Melissa (Orgs.). *Constituição federal e Convenções Internacionais*. 17 ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 171.

⁴¹¹ Cf. BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 25.

⁴¹² MOUSNIER, Roland. *História geral das civilizações*. Tradução de Pedro Moacyr Campos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973, t. IV, p. 325.

O resultado foi uma supervalorização do Estado legal, que buscava proteger a Administração Pública. Ao administrador era possível tudo, desde que dentro dos limites da lei. O que não se questionava era quem e para quem se criava a lei.

O termo legalismo é atribuído à França não porque tenha sido construído estritamente lá, mas por ter suas raízes ideológicas surgidas nesse país.

Quando falamos em legalismo não estamos falando em legalidade ou ilegalidade, mas de uma ideologia que usa a lei para ocultar aparências, fato que ocorreu na França após a Revolução Burguesa.

A burguesia usou o povo para realizar a Revolução, mas depois que muitas cabeças foram guilhotinadas e chegou o momento de definir para que mãos iria o poder político, esse mesmo povo foi alijado do processo político numa manobra dos burgueses. Fato esse presente na literatura e retratado no cinema em abundância.

Todos são iguais perante a lei, todos estão submetidos à lei⁴¹³, porém a lei que “é a expressão da vontade geral” não poderá ser criada por todos, e foi assim que a

⁴¹³ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 26 de agosto de 1789, pela Assembléia Nacional da França, traz vários dispositivos que mostram esse culto à lei, citaremos aqui alguns exemplos para demonstrar essa afirmação: “**Art. 4.º** - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei. **Art. 5.º** - A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. **Art. 6.º** - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. **Art. 7.º** - Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. **Art. 8.º** - A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada. **Art. 9.º** - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. **Art. 10.º** - Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. **Art. 11.º** - A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos dessa liberdade nos termos previstos na lei. [...]”

sociedade burguesa do campo e da cidade desenvolveu um mecanismo de exclusão do povo do processo político ao criar o voto censitário, ou seja, poderia votar aquele que tivesse renda derivada do patrimônio, já que na França a propriedade era tida como a garantida da liberdade, quem não tivesse propriedade ou renda própria derivada da propriedade dependia de alguém para sua manutenção. Desse modo, só poderiam votar aqueles que tivessem propriedade, pois somente esses eram livres e independentes. Ficaram de fora do processo os homens com renda inferior a cem mil réis, mulheres, menores de 25 anos etc.

Assim, a burguesia francesa cultuou a lei e criou mecanismos no sistema jurídico para que ela própria criasse a lei.

Alguns filósofos foram fundamentais na empreitada para o estabelecimento do Estado legal e da supremacia da lei, pelas dimensões que suas teorias e ideias tiveram a ponto de servirem de substrato às revoluções americana (1776) e francesa (1789), foram eles: Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1778).⁴¹⁴

No capítulo em que analisamos a teoria da separação dos poderes já tivemos oportunidade de falar um pouco sobre a importância desses três pensadores, portanto, iremos aqui apenas retomar alguns pontos fundamentais para o encadeamento lógico de nosso raciocínio.

Locke, que era um contratualista, concebe, em sua obra, os homens como criaturas livres no estado da natureza que se unem para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, valores que ele denomina de propriedade. Em sua obra *Dois Tratados Sobre o Governo* ele enfatiza o triunfo da monarquia constitucional sobre a monarquia absoluta na Inglaterra, afirmando que a liberdade do homem em sociedade consiste em não estar submetido a nenhum outro poder senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer lei, além daquelas promulgadas pelo Legislativo, segundo o encargo a ele confiado.

⁴¹⁴ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 26. Há outros pensadores que merecem destaque pelas idéias e teorias desenvolvidas, cujas obras influenciaram o estabelecimento desse Estado legal, porém para não perdermos a objetividade em nossa análise faremos aqui apenas esse registro. São eles: Aristóteles, Hobbes, Maquiavel, Tomás de Aquino, dentre outros.

Assim, representando a antítese do pensamento totalitário e absolutista, ele pressupunha a existência de três requisitos à caracterização do regime democrático: i) uma lei estabelecida, fixa e reconhecida mediante o consentimento comum; ii) um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar, de acordo com a lei estabelecida, os litígios porventura existentes; iii) um poder executivo para apoiar a sentença prolatada com base legal. Percebe-se, desse modo, a supremacia do Legislativo em face das demais funções do Estado, nomeadamente a judicial, principalmente se considerado que, segundo Locke, cabe ao legislador a função de distribuir justiça e decidir acerca dos direitos dos súditos por intermédio das leis promulgadas, ideia que será recorrente durante o período revolucionário iluminista.⁴¹⁵

Montesquieu, por sua vez, assim como os humanistas de sua época, deu grande valor à figura do legislador, como elo entre o povo e o governo, apesar de não ter asseverado expressamente a supremacia do Legislativo, já que, segundo ele, está confiada a cada Poder uma determinada atribuição de ordenar e corrigir o que for ordenado por outro, em um sistema atualmente conhecido por freios e contrapesos.⁴¹⁶

Com um pensamento declaradamente estratificador, considerava que o povo não seria capaz de discutir os negócios públicos, portanto esse papel teria de ser atribuído à nobreza, pessoas que seriam distinguidas pelo nascimento. No que tange ao regime político, Montesquieu não atribuiu ao povo todo o poder legiferante, ainda que afirmasse ser fundamento da democracia o fato de somente o povo instituir leis.⁴¹⁷ Esse pensamento foi acolhido pela burguesia francesa após a Revolução, conforme alertamos acima. E assim, com o estabelecimento do voto censitário o povo foi alijado do processo de criação da lei.

Para o Barão de La Brède, o Judiciário, sem o poder político que detêm o Legislativo e o Executivo, seria apenas a caixa de ressonância das palavras da lei; ao juiz não caberia nenhuma autonomia para moderar a força ou o rigor das normas legisladas.

⁴¹⁵ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 26.

⁴¹⁶ SHAW, Malcom N. *International Law*. 4. ed. Cambridge: United Kingdom at the University Press, 1997, p. 198.

⁴¹⁷ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 27.

Rousseau será o responsável por fazer, por intermédio de suas teorias e ideias, que a supremacia do discurso legislativo, em face dos demais poderes na formação do Estado moderno, atinja o apogeu. Sendo um contratualista, assim como Locke, entendia que a união das vontades individuais legitimava a Constituição de cada Estado. Com ele a lei ganhará contornos de instrumento inatacável, vinculativo e redutor da discricionariedade interpretativa do Judiciário.

Para ele, a lei é instrumento de liberdade na medida em que a vontade geral elimina a injustiça e a opressão. Em sua obra, *Do Contrato Social*, ele sustenta que o homem deixa o estado de natureza em que vive, no qual não está submetido a nenhuma autoridade política, e pactua com outros homens no sentido de que todos devem ser iguais perante a lei, única expressão legítima da vontade geral.⁴¹⁸ Para ele, portanto, Estado e governo, igualmente submetidos às leis, obrigam o homem a ser livre, mesmo quando agem coercitivamente.⁴¹⁹

Assim, para esse pensador, a criação e a interpretação da lei devem ser atos exclusivos do legislador, sendo a função Legislativa o verdadeiro Poder indivisível e inalienável, e restando ao Executivo e ao Judiciário o papel de meras funções do Estado. Dessa maneira, Rousseau estabelece o significado da hegemonia da lei, ideia que servirá de substrato à Revolução Francesa, na busca de um Estado democrático em oposição ao poder absoluto dos monarcas, na busca de mudanças que a burguesia tanto reclamava.

A revolução burguesa consagrará amplamente a retórica da legalidade, estigmatizará a figura do monarca e praticamente anulará a função judiciária, pois com a ascensão dos parlamentos em diversos países europeus, como reais representantes populares e veiculadores da soberania da lei, expressão maior da vontade geral, à magistratura restou um papel secundário, tendo sobre si a eterna vigilância pelo legislador,

⁴¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981, p. 31-32.

⁴¹⁹ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 28.

especialmente em face dos abusos cometidos nos períodos que antecederam a derrubada do *Ancien Régime*.⁴²⁰

A Revolução Francesa pôs um ponto final no Feudalismo, dando início à guinada do novo modo de produção e distribuição de riquezas: o Capitalismo.

O Capitalismo irá provocar o achatamento de todos, reduzindo-os a iguais, ou seja, todos passam a ser sujeitos de direitos para possibilitar a circulação de mercadorias. Todos se tornam iguais perante a lei, enquanto condição formal para atender aos reclamos do novo modo de produção, mas no plano material continuam as diferenças, pois são livres aqueles que, repita-se, possuem propriedade.

A igualdade é um fenômeno natural, e assim será reconhecido ideologicamente pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para satisfazer os interesses econômicos; porém no plano material nem todos serão iguais, pois a propriedade não é um fenômeno natural, mas algo que se adquire na sociedade.

O Estado, conforme veremos detalhadamente nos itens seguintes, surge como mantenedor das forças econômicas tanto especulativas quanto produtivas. Ele surge como instituição necessária para a estabilidade das relações sociais, porque tem poder legítimo, por intermédio do Direito, para garantir a continuidade da distribuição desigual dos bens produzidos socialmente, ou seja, para manter a hegemonia de uma classe sobre a outra. Em síntese, o Estado surge para atender aos interesses da classe burguesa.⁴²¹

O francês Carré de Malberg, após estudos na Alemanha, publicou, em 1920, obra intitulada *Contribuição à Teoria Geral do Estado*, na qual denunciou o Estado legal francês. Ele fez uma denúncia pioneira, por isso limitada. As limitações foram de três ordens: 1) falou só da França; 2) somente sobre o Poder da Administração Pública (legalismo na Administração Pública); e 3) não teve a visão ideológica, isto é, não detectou que o Estado legal era uma deturpação do Estado legalista, ficou apenas numa crítica jurídica.

⁴²⁰ SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luís. *Súmula vinculante*: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004. Curitiba: Juruá, 2006, p. 26.

⁴²¹ Ver nesse sentido a obra: ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia*: aparência e realidade. São Paulo: Brasiliense, 1987.

Carré de Malberg abordou em seu texto o Estado de polícia, o Estado legal e o Estado de direito. Analisando o art. 3º da lei constitucional francesa de 25 de fevereiro de 1875, intitulado “relativa à organização do Poderes públicos” ele afirmou que:

A lei não é, pois, somente o limite da atividade administrativa: também constitui condição dela. Essa atividade não pode consistir senão em atos ou medidas que tendam a buscar ou assegurar a execução das leis em vigor, ou pelo menos, que sejam autorizados por uma lei. Tal é o sistema constitucional consagrado pelo art. 3.⁴²²

Ele fez um alerta para que não se confundisse esse sistema com o que se chamava de regime do Estado de direito por oposição ao Estado de polícia.

O Estado de polícia é aquele no qual a autoridade administrativa pode, de modo discricionário e com uma liberdade de decisão mais ou menos completa, aplicar aos cidadãos todas as medidas das quais ela julga útil tomar a iniciativa por si mesma, com o fito de fazer face às circunstâncias e de atender a cada momento aos fins que ela se propõe: este regime de polícia é fundado sobre a ideia de que o fim basta para justificar os meios.⁴²³

A esse Estado de polícia, afirmou Carré de Malberg, se opõe o Estado de direito, o *Reichsstaat* alemão.

O Estado de direito, portanto, tem um regime concebido no interesse dos cidadãos para muni-los contra os abusos do poder, e tem a Administração Pública com função de assegurar a efetividade da lei como finalidade. Malberg faz essa afirmação criticando o Estado francês. O raciocínio dele foi baseado nos direitos individuais e não nos direitos sociais.

Por Estado de direito é preciso entender um Estado que, em suas relações com seus súditos e para garantia dos estatutos individuais deles, submete-se a si próprio a um regime de direito, e isso na proporção em que ele acorrenta sua ação sobre eles por regras, das quais umas determinam os direitos reservados

⁴²² MALBERG, Raymond Carré. *Contribution à la Théorie Générale de L'État*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, texto traduzido por Sérgio Resende de Barros, p. 3.

⁴²³ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

aos cidadãos e outras fixam previamente as vias e meios que podem ser empregados em função de realizar os fins estatais.⁴²⁴

Carré de Malberg, em síntese, relatou que na França a preocupação era assegurar o cumprimento da lei, diferentemente do que ocorria na Alemanha, cuja estrutura administrativa do Estado de direito buscava assegurar o estatuto dos direitos individuais. A finalidade do Estado de direito alemão era a proteção dos direitos dos cidadãos. Tanto no Estado de direito quanto no Estado legal havia a submissão à lei, a diferença estava na finalidade: no primeiro caso a proteção do estatuto dos direitos individuais, enquanto no segundo buscava-se a execução da lei a qualquer custo.

O doutrinador francês vislumbrou a diferença entre o Estado de direito e o Estado legal, com as limitações do momento histórico em que viveu.

Hoje podemos dizer, conforme lições de Sérgio Resende de Barros⁴²⁵, que o Estado de direito é o equivalente ao Estado de justiça social, que busca a efetividade dos direitos sociais, e tem na criação das políticas públicas a possibilidade de efetivar esses direitos.

7.2. A criação da lei

Norberto Bobbio em sua obra *A era dos direitos*, afirma que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.⁴²⁶

Para o doutrinador italiano o importante não é fundamentar o direito, e para protegê-lo não basta proclamá-lo, já que é necessário efetivar o direito proclamado. Surgem duas questões importantes a serem avaliadas: 1) Qual é a intenção do legislador ao elaborar uma lei?; e 2) Para que criar direitos que não irão se efetivar?

⁴²⁴ *Id.*, *ibid.*, mesma página.

⁴²⁵ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas, SP: Milenium, 2007.

⁴²⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

Muitas vezes os textos legais são elaborados sem que haja o correspondente e esperado direito, talvez porque desprovidos de conteúdo material, funcionando apenas como propaganda política de seus criadores, atentos aos votos de seus eleitores.

A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.⁴²⁷

Infelizmente leis dessa natureza acabam sendo pura e simples forma, vazias em seu conteúdo. Em verdade, acabamos assistindo a uma ‘evolução’ legislativa e normativa sem os correspondentes avanços sociais que serviriam de base para a efetividade dos direitos.

Acrescente-se a esse entendimento a falta de consciência política de boa parte da sociedade, seja por causa de seu desinteresse, seja porque a linguagem utilizada pelo legislador na elaboração da lei, que é muito técnica, cria uma “cientificidade” e dificuldade ao entendimento do que ali se prevê quando, em verdade, o texto legal deveria espelhar, pelas palavras, um entendimento baseado no senso comum, e que fosse compreendido por todos, não só pelos aplicadores de seus textos.

A inacessibilidade da terminologia e a falta, muitas vezes, de bons mecanismos de sanção funcionam como obstáculos ao funcionamento efetivo da lei. De certa maneira, podemos dizer que são, até mesmo, obstáculos para o exercício da cidadania, já que num país como o nosso a lei é pressuposto básico para o Estado Democrático de Direito que, por sua vez, tem no exercício da cidadania um de seus pilares.

Nos países onde o direito teve origem romanística, como é o caso da Europa continental e dos países latino-americanos, a lei é a principal fonte do Direito, pois, por meio dela, e de várias maneiras, o Estado organiza a sociedade. “Quem tem o poder político que confere o poder de legislar (criar leis) tem o poder de reformar a sociedade.”⁴²⁸

⁴²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 10.

⁴²⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *A lei, o poder e os regimes democráticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 12.

“A lei como instrumento de transformação social ou mesmo de conservação, no sentido de manutenção do *status quo*, esbarra necessariamente na questão política e na questão do poder.”⁴²⁹ E o poder político, enquanto fenômeno social, afirma Alaôr Caffé Alves, “funda-se na relação de conflito derivada da distribuição desigual dos bens sociais realizada com base na forma estrutural assumida por determinado modo de produção”.⁴³⁰

Não podemos ser ingênuos a ponto de imaginar que parte da elite política que se encontra no Congresso Nacional, e que é responsável pela criação da maioria das leis, deseja mudanças no sistema vigente.

Afinal de contas, quem faz a lei? Essa pergunta é de suma importância. Há a necessidade de consciência crítica para percebermos que a lei não nos garante o direito. Desde a Revolução Francesa vem se desenvolvendo a ideologia do legalismo, da exaltação da lei. Esse legalismo exacerbado pode levar a uma das piores formas de autoritarismo (a figura do lobo em pele de cordeiro), expressa na ideologia da supremacia da lei desenvolvida pelos burgueses revolucionários, para atender seus interesses econômicos. A máxima de que a lei foi feita para ser cumprida, porque é a expressão da vontade geral, é um tanto perigosa, pois muitas vezes transformar algo em lei é uma forma autoritária de impor determinados interesses.

É de se verificar, por exemplo, que apesar de existir o direito à educação, proclamado constitucionalmente, dificilmente veremos a completa efetivação desse direito, já que, intrinsecamente, sua efetividade esbarraria na desejável manutenção – pela classe dominante – da histórica relação dos dominadores em relação aos dominados.

O sistema vigente, com divisão do poder em Legislativo, Executivo e Judiciário, e com representantes eleitos nos dois primeiros – e com a figura do Estado como protetor e garantidor dos direitos e garantias –, acabou, em certa medida, com nossa utopia em relação à busca da efetivação dos direitos fundamentais.

A figura do Estado de mera legalidade como instituição voltada para o bem comum, promotor e guardião da dignidade humana, muitas vezes tem sido mera ilusão

⁴²⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *A lei, o poder e os regimes democráticos*, p. 12.

⁴³⁰ ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia...*, p. 170.

fornecida pelos textos legais, pois, de acordo com o debate proposto neste texto, seu objetivo previsto em norma jurídica detém-se na manutenção do falso equilíbrio entre o capital e a força de trabalho, ou seja, em verdade, o Estado atua como mantenedor das forças econômicas tanto especulativas quanto produtivas.

O circuito ideológico destinado a construir o instável equilíbrio das forças sociais em jogo, realizando a troca de serviços equivalentes entre dominadores e dominados, transparece por mediação do próprio Estado, que se manifesta através de um ordenamento jurídico igual para todos, através de um Direito geral e impessoal, organizador racional de instituições neutras que servem indiferentemente a todos os membros da sociedade. Essa representação é essencial, embora não suficiente, para a legitimação do poder no sistema capitalista, cuja organização política não pode justificar-se senão como instrumento da racionalidade formal. Isso significa que o Estado e o Direito caracterizam formas de manipulação técnica, cujos esquemas podem encerrar conteúdos diferentes; consagra-se, portanto, a separação entre a forma indiferente, racional e abstrata e o conteúdo variável, específico e concreto.⁴³¹

Não vivemos uma verdadeira democracia, pelo contrário, vivemos uma ilusão de participação democrática, porque na realidade a grande parcela da sociedade que não detém qualquer poder político não participa efetivamente do processo político. Vota-se e elege-se candidatos a cada dois anos, ratificando as decisões tomadas pelos membros dominantes da sociedade.

Concordamos com Noam Chomsky quando afirma que o povo não participa do processo político, mas tão-somente funciona como um legitimador do sistema vigente acreditando que desse modo vive um processo democrático.⁴³²

Reconhecemos a dificuldade na mudança do sistema vigente, porém acreditamos que a educação é o único caminho para o exercício da cidadania, que por sua vez leva à participação no processo político.⁴³³

⁴³¹ ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia*, p. 204-205.

⁴³² CHOMSKY, Noam. *Segredos, mentiras e democracia*. Brasília: UnB, 1997, p. 17.

⁴³³ Acreditamos que a mudança desse quadro só será possível por intermédio de um amplo processo educacional, que forme um aluno cidadão. Porém, não nos referimos àquela educação baseada na (re)

Apesar de nossa Constituição trazer em seu bojo o direito de todos à educação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; de consagrar a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado brasileiro, nada mudará se a intenção da classe dominante – que forma e mantém boa parte da elite legislativa e que detém o poder e o domínio econômico –, for a de manter o país na mais completa ignorância para que assim seja mais fácil manter o *status quo*.

Ainda que tenhamos uma carta constitucional repleta de direitos proclamados, isso de nada valerá se esses direitos não puderem se efetivar. Essas leis não passarão de textos que possuem conceitos simplesmente atirados no papel. E assim voltamos ao ponto que iniciamos: não basta o direito proclamado, é necessário que seja possível efetivá-lo.

Nesse caso é fácil verificarmos a ideologia usada pelo legislador na criação de uma série de direitos que não têm condições de se efetivarem na prática. Tomemos como exemplo o art. 6º da Constituição Federal, que apesar de prever o piso vital mínimo, os interesses primários para qualquer pessoa obter a dignidade, preceito básico do Estado Democrático de Direito, que deve ser objeto de políticas públicas, está proclamado, mas longe de ser efetivado.

Eros Roberto Grau, ao tratar das normas programáticas, chama a atenção para um fenômeno preocupante:

Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade

transmissão de conteúdos, em que “veicula-se o já sabido, numa eterna reprodução do já reproduzido”. Essa postura necessita ser mudada. E para que isso ocorra não se pode admitir mais o aluno que escuta, lê, decora e repete. Para tirar o ensino desse reducionismo, é necessário, antes, um aluno questionador, pesquisador, curioso, reflexivo. É necessário valorizar o pensar, a troca de idéias, problemas que envolvam o dia-a-dia dos alunos. Entretanto, não somos ingênuos para acreditar que tais mudanças são fáceis, afinal “O sistema funciona exatamente porque nem todos podem ser educados, mas somente uma parte. Estabelece-se, dessa maneira, a educação como meio de manutenção da relação dos opressores e oprimidos”.⁴³³ (ABRÃO, Paulo de Tarso Siqueira; FURTADO, Bernardina Ferreira. Laboratório de Direito Ambiental. In: PHILLIPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Orgs.). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri, SP: Manole/USP, 2005, p. 907-908).

civil a reivindicar já está contemplado na Constituição. Não se dando conta, no entanto, da inocuidade da contemplação desses direitos sem garantias, a sociedade civil acomoda-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados.⁴³⁴

Desse modo, com uma carta constitucional que contempla uma vasta gama de direitos o que teria a sociedade civil a reivindicar? O perigo pode estar nesse ponto, já que não teríamos nada a pleitear no campo da proclamação dos direitos, mas sim na efetividade dos mesmos. E assim, se oprime um desejo utópico, de pensarmos num Estado justo, pois nos invocam um Estado de legalidade que “apenas” proclama direitos individuais.

Com essa pequena explicação sobre a criação da lei pretendemos, em verdade, chamar a atenção para os riscos de um Poder Judiciário legalista, que cultua a lei acima do direito, já que essa lei nem sempre é criada com base em critérios que busquem a justiça e o bem comum mas, ao contrário, pode muitas vezes ser fruto de interesses de grupos que nem sempre buscam os interesses da sociedade.

Por outro lado, tentaremos demonstrar também que se a lei vier a lume de acordo com os pressupostos democráticos e republicanos pelos quais deveria ser criada poderia, sim, de alguma forma, ser “cultuada”, pois a lei, nesse caso, buscaria o direito.

Mas dois são os perigos do império da lei sem critérios claros, objetivos, republicanos e democráticos: o primeiro, de acordo com o acima exposto, com um judiciário legalista, cultuador da lei acima do direito, manter uma legalidade que passaria longe da justiça; e o segundo termos um judiciário-normatizador que, a partir das interpretações e orientações da Corte superior, aplica os preceitos legais como bulas, na busca de uma função institucional que retira da análise dos casos concretos – os litígios – o olhar para a realidade social, deturpando os princípios constitucionais da separação dos poderes.

⁴³⁴ GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional*, n. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 42.

7.3. A evolução da função jurisdicional: do Estado legal ao Estado constitucional

A onipotência legislativa do Estado moderno marcou a institucionalização do monopólio da produção e da interpretação normativa.⁴³⁵ Houve uma acentuada valorização da lei comum e um relativo obscurecimento do caráter normativo das Constituições: Lei e Constituição, quando muito, passaram a ter o mesmo valor.⁴³⁶

A supremacia da lei na teoria das fontes do direito acabou por relegar as funções do Executivo e do Judiciário a um papel secundário no plano sociopolítico. Fica, portanto, nesse período histórico, estabelecida uma relação de subordinação entre legislador, executor e julgador, sendo que este último terá de atuar mecanicamente, limitando-se a utilizar o critério clássico-gramatical para a compreensão dos textos normativos. De acordo com a ideologia jus-racionalista vigente, a lei é perfeita e não dá margens para o trabalho de interpretação do juiz. “A deliberada apropriação do sentido das palavras foi, assim, a base de sustentação da estrutura racional.”⁴³⁷

Assim, os magistrados tiveram — inclusive pela necessidade de superar o momento histórico anterior à Revolução, cuja atuação era amplamente comprometida com os interesses da monarquia — sua função absolutamente vinculada aos ditames da lei.

Esse processo de mitificação legal permite a compreensão de que o modelo racional de criação do direito, com ênfase na supremacia do legislador, apenas substituiu o dogma do direito natural de inspiração divina pelo dogma do direito natural intuído pelo intelecto humano. Em ambos os casos, dá-se uma coisificação do direito, que deixa de ser um objeto retoricamente construído para se tornar um dado dotado de ontologia própria.⁴³⁸

Em verdade, considerando a visão tecnicista que se impôs com o Estado moderno, as características marcantes da experiência científica eram a objetividade e a

⁴³⁵ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 29.

⁴³⁶ ZAGREBESLKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 53.

⁴³⁷ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 30.

⁴³⁸ *Id., ibid.*, mesma página.

possibilidade de previsão de eventos futuros.⁴³⁹ O objetivo era a criação de leis com rigor técnico e científico que não desse margem a interpretações, já que se pretendia que o Direito se tornasse uma ciência, e assim sendo, na visão racionalista, a possibilidade de decisões diferentes diante de cada litígio (a chamada loteria judicial), ainda que análogos uns aos outros, era incompatível. Esse fato debilitava a autoridade do Estado, frustrava as partes envolvidas e promovia injustiça em face de sua correlação com o valor da ordem⁴⁴⁰. Consolida-se, assim, o mito da necessidade da vinculatividade legal como único meio de se atingir o valor supremo da justiça, já que na concepção racionalista não havia nada mais comprometedor para a ordem jurídica do que a variação, a incoerência e a contradição nos julgados. Por essa razão, foram desenvolvidas as codificações com extensivas previsões e a pretensão de uma legislação perfeita:

Sem a adequada noção do que o problema da interpretação representativa, o legislador não tolerou a pluralidade de compreensões do fenômeno jurídico decorrente da divergência teórica. [...] A solução encontrada foi radical redução da discricionariedade legal-interpretativa judiciária proporcionada pela promulgação de uma legislação pretensamente perfeita que, de tão clara e evidente, na apenas dispensou, senão proibiu a interpretação por parte dos magistrados. A tarefa jurisdicional se limitou a determinar o alcance da norma. O discurso ontologizante do direito, oriundo da abordagem essencialista da realidade, criou o mito da loteria judicial e, ao mesmo tempo, apresentou sua alternativa ao problema, dando início ao processo fetichizador da codificação das leis. O que era retórico virou concreto. A pretensão da vinculatividade legal estabeleceu as novas regras do jogo jurídico.⁴⁴¹

Assim, partindo-se do pressuposto inicial de que por meio da ação racional dos governantes seria realmente possível a criação de uma sociedade melhor, a codificação surge para os povos como um futuro promissor de um estado verdadeiramente democrático e moderno. São exemplos dessa codificação o Código Civil prussiano (1792), o Código Civil francês (1804), o Código Civil austríaco (1811). Essa racionalização das leis em códigos visou à sistematização de todos os problemas jurídicos, a pretensão era ter uma regra específica para cada situação.

⁴³⁹ CUPANI, Alberto. *A crítica do positivismo e o futuro da filosofia*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1985, p. 15.

⁴⁴⁰ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. São Paulo: Renovar, 1992, p. 14.

⁴⁴¹ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 35.

A constatação do temor que os soberanos sentiam da possibilidade da interpretação legal voluntária⁴⁴², fez com que se amordaçasse a magistratura por boa parte do século XIX, em face da crença da existência de uma reta razão analítica aplicada ao direito que dispensava intermediários⁴⁴³.

No final do século XIX, surgem escolas jurídicas não alinhadas a esse pensamento que dogmatizou o conhecimento jurídico; como exemplo podemos citar o Movimento pelo direito Livre, na Alemanha, e a Escola da Livre Investigação Científica, na França. Os pensadores dessas escolas tinham por objetivo proporcionar voz e ação à magistratura e para atingir esse objetivo seria necessário demonstrar a falibilidade do mito da completude e inequivocidade dos códigos. “Essa tarefa teve por força motriz a demonstração da existência das lacunas da lei.”⁴⁴⁴

Assim, foram criadas teorias racionalistas acerca da suposta inexistência de lacunas na lei, dentre elas ao Espaço Jurídico Vazio, que afirmou que a norma jurídica representava uma limitação à livre atividade humana, e que defendia o posicionamento de que fora da esfera regulada pelo direito, o homem estava livre para a prática de qualquer ato. Desse modo, existiam dois compartimentos para os atos: aquele regulado por normas jurídicas, o espaço jurídico pleno, e outro onde havia liberdade absoluta, o espaço jurídico vazio. Sendo a atividade regulada, estar-se-ia diante de situação juridicamente relevante e, portanto, não haveria lacuna, mas a plenitude do direito. A ausência da norma seria decorrência do fato de que tal atividade era juridicamente irrelevante. A lacuna marcava, assim, o limite natural entre o pleno da relevância e o vazio irrelevância jurídica.⁴⁴⁵

Essa teoria pecou por confundir o jurídico com o obrigatório. “Além de outras consequências que da teoria adviria, o surgimento de uma liberdade de agir não

⁴⁴² Cf. TROPER, Michel. *Pour une Théorie Juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 81 e ss.

⁴⁴³ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 37.

⁴⁴⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 38.

⁴⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 2. reimpressão. São Paulo-Brasília: Polis/UNB, 1991, p. 128 e ss.

protegida pelo direito representa, em última análise, a liberdade do uso da força privada, vedada pelo direito, criando uma intrincada aporia.”⁴⁴⁶

Foi criada, posteriormente, outra teoria racionalista mais sofisticada, denominada de Norma Geral Exclusiva. Contrariamente à teoria anterior, que defendeu a existência de um espaço jurídico vazio, seus defensores afirmaram a existência de um espaço jurídico pleno, onde o direito nunca faltava. Desse modo, a norma particular reguladora de determinada conduta trazia latente sem si uma norma geral que excluiria do regramento todos os outros comportamentos nela não previstos.⁴⁴⁷

Assim, uma norma particular que proibisse fumar findava por permitir a prática de todas as outras condutas, com exceção do fumo. Vejamos:

As normas, quando geradas, nasciam aos pares: uma norma particular inclusiva, que regulamentava uma conduta específica, e uma norma geral exclusiva, que excluía da regulação todos os demais comportamentos. Na ausência de uma norma particular inclusiva disciplinando a prática de determinada conduta, não estava ela condenada ao vazio jurídico (às lacunas), antes, estava regrada de forma permissiva pela norma geral exclusiva. O sistema era, portanto, completo.⁴⁴⁸

Essa teoria também não vingou porque ignorou o fato de que os ordenamentos, em geral, contêm outra espécie de norma: a norma geral inclusiva (a analogia). De acordo com ela, na ausência de regra particular inclusiva a conduta deverá ser julgada nos moldes de uma conduta análoga regulamentada. E, portanto, haverá a necessidade de atuação do juiz, que usando a analogia, colocará fim ao problema.

O reconhecimento da existência de lacunas na legislação, que nos dias de hoje pode ser tido como um dado banal representou, à época, a vitória da tese cética acerca da incompletude normativa e importou na necessidade da intervenção do juiz, por meio de instrumentos interpretativos auto e heterointegrativos, como o uso da analogia, da equidade

⁴⁴⁶ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 39.

⁴⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 128 e ss.

⁴⁴⁸ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 39.

e dos princípios gerais do direito. Essa possibilidade de intervenção do juiz na concretização do corpo de leis superou a questão da completude ou incompletude do ordenamento, pois, em um sistema jurídico no qual ele estivesse autorizado a interpretar integrativamente, não teria a importância se o ordenamento fosse previamente completo, porque era ainda, a cada momento, possível completá-lo.⁴⁴⁹

Se o ideal de dogma da completude ajudou o nascimento do Estado moderno, foi esse mesmo ideal que contribuiu para o seu fim, ao pretender tornar o direito, que é essencialmente dinâmico, em algo frio, intocável e imutável.

Assim, os discursos céticos que se insurgiram contra a impossibilidade de interpretação pela magistratura e contra o ideal da perenidade legal, utilizaram-se das lacunas da lei para demonstrar que o direito era algo muito mais complexo e móvel para que um indivíduo ou uma assembléia, ainda que investida de autoridade soberana, pudesse fixar de uma só vez os preceitos de modo a satisfazer todas as exigências da vida.⁴⁵⁰

E assim, o direito ao exercício da interpretação legal teve de ser reconhecido aos magistrados como necessidade de uma melhor aplicação do direito, uma vez que a interpretação permite o acompanhamento das mudanças sociais ocorridas com o decorrer do tempo.

Sobre a interpretação da norma pelo órgão julgador faremos análise em tópico específico para não perdermos o raciocínio lógico na demonstração da transição do Estado legal para o Estado constitucional.

O Estado moderno não se estruturou somente no caráter legalitário oitocentista, ele também se consolidou com o fenômeno da constitucionalização⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 142. BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 40.

⁴⁵⁰ IZAGA, Maria Cristina Gómez. Aspectos ideológicos de la interpretación constitucional: elementos a considerar en el momento de analizar las decisiones de la jurisdicción constitucional. In: *Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Políticas da Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, n. 101, UPB, 1999, p. 146.

⁴⁵¹ TROPER, Michel. La máquina Y la norma: dos modelos de Constitución. In: *Doxa*. Madrid, n. 22, 1999, p. 334.

É oportuno lembrarmos aqui que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmou, em seu art. 16, que: “*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*” (“Toda sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos nem se determina a separação de Poderes, não tem Constituição”).

Esse artigo constitui um dos primeiros postulados para o fenômeno da constitucionalização, mas não esclareceu suficientemente o que vinha a ser tal documento.⁴⁵²

A Constituição, como a lei, é uma norma, mas de hierarquia superior, afirmou Hans Kelsen, em sua obra *Teoria pura do direito*⁴⁵³, que consubstancia o fundamento de validade e de unidade de uma dada estrutura jurídica; ela é a base da comunidade política, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem⁴⁵⁴; ademais na concepção europeia-continental representa, como ordenação sistemática e racional da sociedade, o documento no qual se declaram as liberdades, os direitos e se fixam os limites do poder político⁴⁵⁵.

É possível, numa análise simplificadora, dividir a história do constitucionalismo ocidental em dois grandes momentos: o clássico, que se inicia em 1787 e se prolonga até 1918; e o moderno, que tem início a partir de 1918. No constitucionalismo clássico, destacam-se as Constituições revolucionárias do século XVIII, dentre as quais se enquadram a Constituição americana, de 1787, e a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789. Aí também estão as Constituições napoleônicas do início do século XIX, as Constituições da restauração, como a dos Bourbons, de 1814, consagrando as monarquias limitadas, e as Constituições outorgadas, em processo autoritário de elaboração, como a do império do Brasil, de 1824. Destacam-se, ainda, nesse período, as Constituições liberais, como a francesa, de 1830, e a belga, de

⁴⁵² BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 60.

⁴⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

⁴⁵⁴ Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 245.

⁴⁵⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1998.

1832; e por fim, as Constituições democratas, tendo como fundamento as três Leis constitucionais francesas, de 1875.⁴⁵⁶

Já o constitucionalismo moderno destacará um momento democrático-racionalizado, com a Constituição de Weimar, de 1919, que incorporou os direitos sociais. É possível também destacar a Constituição da Áustria, as Constituições sociais-democratas, como a francesa, de 1946, a italiana, de 1947, e a alemã, de 1949. Esse momento será marcado pela ênfase dos direitos sociais e econômicos, estendendo-se até o presente, com as Constituições portuguesa, de 1976, a espanhola, de 1978, e a brasileira de 1988.⁴⁵⁷

Como postulado inicial do paradigma constitucional, conforme verificamos no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, supramencionado, apresentou-se a necessidade de limitação do poder da autoridade governante, o que foi feito de duas maneiras: a separação dos poderes e a declaração de direitos fundamentais do homem⁴⁵⁸. A esses dois pressupostos somem-se outros, tais como: a propensão laicizante, a demarcação rígida entre sociedade civil e Estado e a necessária crença popular na democracia representativa, formal e burguesa.⁴⁵⁹

O direito se legitimou na razão humana, materializada na forma semântica da lei pública e geral, sendo a Constituição o seu núcleo legitimador. Culminando com o espírito liberal burguês vigente, o Estado moderno se limitou à condição de espectador da vida social, com a missão primordial de resguardar a liberdade individual (e, em especial, a econômica) expressa nas declarações de direitos. O conceito originário de Constituição, em sua acepção orgânica, destarte, limitava-se a detalhar a estrutura estatal e a preservar determinados direitos civis e políticos.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 49.

⁴⁵⁷ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 49. Ainda é possível, segundo este autor, destacar a experiência nazi-fascista ítalo-germânica, caracterizada pelas reformas às diversas Constituições desses países e que modificariam essencialmente seus núcleos, bem como as Constituições socialistas, que surgiram em 1917, com a Declaração dos Direitos dos Povos da Rússia, e se estenderam pelas Constituições daquele povo, de 1924 e de 1936.

⁴⁵⁸ VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. Varese: Giuffrè, 1979, p. 59.

⁴⁵⁹ Cf. SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. *Direito Constitucional*. Braga: Cruz, 1979, p. 19. BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 49.

⁴⁶⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 50.

Distante da preconizada vinculatividade da legislação racional, as declarações de direito do homem eram mais promessas que realidade. Esses documentos continham programas que, quando incluídos nos textos constitucionais, reclamavam as suas concretizações.⁴⁶¹ Pragmaticamente considerando, o conteúdo da Constituição integra valores ideológicos de duplo sinal: valores das estruturas dominantes no momento de sua elaboração (o próprio Estado) e valores correspondentes a outras estruturas (a sociedade civil), cuja aposta é a superação do *status* inicial. Na coexistência de valores reside a dimensão ideológica da Constituição.⁴⁶² Esse, podemos afirmar, é o marco fundamental diferenciador a distanciar a Constituição da Sociedade.

A dissociação entre a promessa normativa e a realidade social proporcionou que as normas constitucionais se tornassem meras peças alegóricas a refletir tão somente uma imposição de preceitos e estigmas, nomeadamente nos países economicamente periféricos. Apartados da práxis social, os comandos perdem seu teor democrático e seu viés cogente, espírito que dever marcar o fenômeno constitucional. Nesse cenário, surgiu o ativismo judicial.⁴⁶³

A atuação do magistrado, na concretização dos direitos que estão apenas proclamados, será, então, o elemento fundamental tanto em relação ao texto normativo constitucional, que muitas vezes só proclama, quanto diante da inação do legislador ordinário.

Nessa perspectiva, convém ainda destacar, que a atuação do magistrado será essencial na interpretação da norma diante do caso concreto, pois que a consequência inevitável da positivação de todo e qualquer texto normativo, inclusive constitucional, é o seu envelhecimento com o passar do tempo, uma vez que ele materializa uma fotografia social da correlação de forças hegemônicas em determinado momento histórico⁴⁶⁴; e sem a intervenção do aplicador do direito, a Constituição tende ao vazio ou ao ostracismo⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 51.

⁴⁶² SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. *Direito Constitucional*, p. 36.

⁴⁶³ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 51.

⁴⁶⁴ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. *Direito Constitucional*, p. 36.

⁴⁶⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.

Diante da realidade que se estabeleceu principalmente após a Primeira Guerra Mundial, do pluralismo econômico e social, resultando em descobertas tecnológicas, da sociedade de massa, das modificações culturais, das lutas sociais, dos conflitos bélicos, dentre outros, resta claro que a Constituição esconde por trás da aparência ideológica uma profunda insinceridade normativa. E esses fenômenos ocasionam, inevitavelmente, uma dissociação entre Constituição e realidade social que não pode passar despercebida aos olhos do magistrado.⁴⁶⁶

Ademais, a superestrutura econômica frequentemente cria e reproduz desigualdades no subsistema social, nos aspectos de classe, gênero e etnia, demonstrando que a igualdade formal assegurada pela Constituição não corresponde à igualdade material. A ficção de isonomia proporcionou que, na apreciação de determinado fato jurídico, fossem utilizados pesos e medidas diferentes na aplicação da lei, notadamente em face da situação individual dos envolvidos. Ora, se a igualdade jurídica que a Constituição intentava assegurar não encontra paralelo no cotidiano, então a ordem jurídica não estabelece a igualdade que pregou durante anos.⁴⁶⁷

Vale aqui lembrar as observações de Luís Roberto Barroso, *não é rara a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não era verdade e oferecem o que não podem cumprir*.⁴⁶⁸ Nesse aspecto é fundamental a guarida de uma magistratura atuante e progressista a desafiar as normas constitucionais supostamente avançadas, que prometem mais do que podem executar, propiciando muita frustração ao homem comum.

Avaliando historicamente o Direito Constitucional é possível reconhecer os avanços alcançados pela sociedade no campo jurídico, isso é inegável, porém também é possível verificar a existência de normas que materializam somente declarações bem-intencionadas, com o nítido propósito de recusar eficácia e aplicabilidade às proposições cujas presenças na Carta Política servem, quando muito, para emprestar-lhe um viés axiológico.

⁴⁶⁶ Ver nesse sentido: MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 30 e ss.

⁴⁶⁷ BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*, p. 53.

⁴⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 59.

Nesse contexto adentra o ativismo judicial – buscando representar o sentimento de frustração constitucional da sociedade –, em razão do permanente distanciamento entre o mundo normativo e o mundo real. Nesse sentido, observa Willis Santiago Guerra Filho que o ativismo judicial passou a se preocupar com o indivíduo inserido na sociedade, com direito subjetivo efetivo a ser tratado com dignidade e a ter seu espaço privado, vivendo em melhores condições sociais. Essa atitude acabou apontando para uma concepção procedimental da Constituição, adequada a uma nova época em que caíram em descrédito as grandes narrativas, legitimadoras de discursos científicos e políticos.⁴⁶⁹

Em síntese, a acentuada valoração da lei comum promoveu um relativo obscurecimento do caráter normativo das Constituições. Conforme observamos no capítulo dedicado ao estudo da separação de poderes, a supremacia do Poder Legislativo — fruto da linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral, que se desenvolve com base nas ideias jus-racionalistas e que terá seu apogeu com o positivismo jurídico, que na busca de objetividade científica equipara o Direito à lei e institui as codificações nos sistemas jurídicos europeus — vai perdurar até o final da Segunda Guerra Mundial, quando o positivismo jurídico assiste sua decadência que fora associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade.⁴⁷⁰

Houve, a partir desse momento histórico, o rompimento da tradição de tomar a Constituição como documento antes político que jurídico. Passa-se, a atribuir força normativa às normas constitucionais, dando início a um processo de reconstitucionalização, que irá marcar uma nova era no constitucionalismo mundial. As Constituições da Alemanha e da Itália representam um marco histórico fundamental dessa alteração, pois foram idealizadas com inspiração na revalorização da teoria da justiça, na legitimação democrática, e dentro de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

⁴⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Estado de Direito e o Judiciário na Pós-modernidade. In: *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Fortaleza, v. 11/12, n. 1-2, jan./dez. 1993, p. 17.

⁴⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, p. 248.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, irá representar um novo momento no sistema jurídico, pois introduzirá os valores acima elencados e preconizará a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Esse novo cenário, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, visando o respeito à dignidade da pessoa, a manutenção dos valores democráticos, acabará por dar ao Poder Judiciário a força que ele nunca teve nos sistemas jurídicos mundiais, porque atribuirá a ele o papel de guardião desses valores por meio de modelos de controle de constitucionalidade, com criação de tribunais constitucionais, conforme verificamos em capítulos anteriores.

7.4. Interpretação e concretização da norma pelo Poder Judiciário

O Direito existe porque o homem existe. As normas jurídicas são estabelecidas em função das relações entre os seres humanos, pois elas têm finalidade de regular, em tese, esta relação.

Houve uma grande transformação nos direitos e no Direito (ciência) a partir da Revolução Industrial e, principalmente, no século XX, com as duas Grandes Guerras Mundiais.

As sociedades cresceram e se desenvolveram rapidamente, tornando-se complexas. “Na medida em que a complexidade das sociedades aumentava, cresciam, na mesma proporção, as necessidades dos indivíduos, uma relação em que as oportunidades postas pelo seu caminho eram sempre maiores do que aquelas que ele podia realizar”.⁴⁷¹

O Estado se fortaleceu “transformando-se num ente burocrático absolutamente exacerbado, o que em certas sociedades, acabou por ser um entrave ao livre

⁴⁷¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. As técnicas de interpretação: um novo caminho. In: *Revista Dignidade*, Ano I, n. 1, p. 199-230, 2004, p. 202.

exercício dos direitos dos indivíduos”⁴⁷², enquanto o homem foi perdendo sua utopia, deixando a cargo desse Estado toda a defesa de seus direitos.

Mas nada se comparou à evolução tecnológica, trazendo para nossa realidade aquilo que antes se pensava como ficção. Surgem as produções em escala, vivenciamos a explosão demográfica, as sociedades de massa e de consumo. O computador, o satélite, a telefonia são responsáveis por mudanças na velocidade das informações. O mundo se globalizou, parece sem fronteiras. E o Direito não ficou imune a essa evolução, tornou-se complexo, surgiram regras e princípios inovadores.

Com as transformações ocorridas, o Direito passou a necessitar de um adequado orientador-intérprete. Para tanto, o trabalho da hermenêutica⁴⁷³ tem sido fundamental.

Não é possível pensar o Direito sem associá-lo à interpretação, pois ela é a ferramenta indispensável à sua concretização. Para Eros Roberto Grau “a interpretação e concretização se superpõem. Inexiste hoje interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela”.⁴⁷⁴

A norma jurídica tem como finalidade regular a ação do homem nas relações sociais, portanto é norma de conduta social. “Essas normas jurídicas inseridas num sistema jurídico são interpretáveis e o são forçosamente interpretadas por tantos quantos se utilizem e pensem o direito”.⁴⁷⁵

⁴⁷² *Id.*, *ibid.*, mesma página.

⁴⁷³ Segundo Margarida Maria Lacombe Camargo, “a origem do termo hermenêutica tem como referência *Hermes*, o enviado divino que, na Grécia antiga, levava a mensagem dos deuses aos homens. Significava trazer algo desconhecido e ininteligível para a linguagem dos homens. O verbo *hermeneuein*, usualmente traduzido como ‘interpretar’, e o substantivo *hermeneia*, como interpretação, significam transformar aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender”. (*Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21)

⁴⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

⁴⁷⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *As técnicas de interpretação...*, p. 208.

Interpretar, segundo Karl Larenz, é “uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”.⁴⁷⁶ Significa, pois, nos dizeres de Luiz Antônio Rizzatto Nunes “fixar o sentido de alguma coisa. Quem interpreta busca captar do objeto de interpretação sua essência e colocá-la de forma traduzida como um novo plano de entendimento”.⁴⁷⁷ Para Eros Roberto Grau “A interpretação, pois, consubstancia uma operação de mediação que consiste em transformar uma expressão em uma outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica”.⁴⁷⁸

A concretização da norma ocorre por intermédio da interpretação, que vem a ser então, “a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem”.⁴⁷⁹

De acordo com Eros Roberto Grau, a interpretação do direito consiste em “concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação, o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica. Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado”.⁴⁸⁰

Para Friedrich Karl von Savigny o intérprete deve possuir “a difícil arte de descobrir o particular de cada texto, que só pode ser extraído do mesmo. O melhor meio é a prática”.⁴⁸¹ Observa Luiz Antônio Rizzatto Nunes que o intérprete para fazer seu trabalho lança mão de regras técnicas, ensinadas pelas Escolas de Direito, que dão cunho eminentemente tecnológico à Ciência do Direito; “de fato ele, intérprete, domina técnicas aprendidas na Ciência do Direito para, aplicando-as ao sistema jurídico todo, extrair dele o melhor resultado – técnico – possível”.⁴⁸²

⁴⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

⁴⁷⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. As técnicas de interpretação..., p. 208-209.

⁴⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 207.

⁴⁷⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação...*, p. 17.

⁴⁸⁰ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 208.

⁴⁸¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas, SP: Edicamp, 2001, p. 15-16.

⁴⁸² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. As técnicas de interpretação..., p. 209.

Segundo Hans Kelsen, “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis”,⁴⁸³ portanto, conclui o doutrinador, “a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.⁴⁸⁴

A essa atuação do intérprete, escolhendo uma opção entre as várias possíveis e, portanto, concretizando o direito, Hans Kelsen denominou de *interpretação autêntica*.⁴⁸⁵ Eros Roberto Grau completa, “Da interpretação do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de poder”.⁴⁸⁶

Compartilhando do entendimento de Eros Roberto Grau, para quem interpretação e concretização das normas caminham juntas, podemos concluir parcialmente que a concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto.⁴⁸⁷

Desse modo, o caminho que se trilha até a concretização da norma pode ser descrito da seguinte maneira: o texto, preceito jurídico elaborado pelo legislador, é matéria que precisa ser trabalhada, pois até a norma jurídica clara necessita de interpretação; o

⁴⁸³ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 463.

⁴⁸⁴ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 470.

⁴⁸⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 469.

⁴⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 207. Eros Roberto Grau nega veementemente que o intérprete autêntico possa produzir normas livremente, no exercício de discricionariedade. “Todo intérprete estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam princípios. (...) Essa razão repousa sobre a circunstância de a ele não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade, porém, exclusivamente, de juízos de legalidade” (p. 209). “O momento dessa atribuição é extremamente rico porque nele, quando se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir, pondera-se o direito, todo ele (e a Constituição inteira), como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias particulares do caso – e jurídicas – lingüísticas, sistêmicas e funcionais –, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete autêntico estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 210).

⁴⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 19.

intérprete, partindo do texto da norma (e dos fatos), chega até a norma de decisão – por meio de um exercício criativo, utilizando-se de sua experiência cultural, fazendo a opção entre as várias possibilidades de escolha diante do caso concreto –, que é aquela que confere solução ao caso. Somente aí ocorre a concretização do direito.

A norma recebe sentido diante do caso concreto, momento em que ela assume nitidez necessária à conformação almejada. Assim, afirma Hans-Georg Gadamer que a tarefa da interpretação “consiste em concretizar a lei, em cada caso, isto é, em sua aplicação”.⁴⁸⁸ Assim, observa Eros Roberto Grau: “interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos”.⁴⁸⁹

Desse modo, nem mesmo a mais clara das normas jurídicas está isenta de interpretação, pois a concretização do Direito ocorre quando a norma é aplicada a um caso concreto, não quando ela é criada pelo legislador.

Alerta Ronald Dworkin que o intérprete, na busca pelo valor do direito, não pode obter como resultado uma drástica e arbitrária modificação, sem adequação e sentido. Deve o juiz “interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor”.⁴⁹⁰

Para Carlos Maximiliano “Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 566-567.

⁴⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 16.

⁴⁹⁰ DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 240.

⁴⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 10.

7.5. Análise crítica

Uma das questões a ser debatida e avaliada, diante das proposições colocadas na presente tese pode, ao nosso entendimento, vincular-se a aspectos que devem ser vistos a partir de uma análise sistêmica. Ou seja, avaliar a repercussão geral como um instituto, separadamente, pode nos levar a um engano na sua avaliação e, por conseguinte, a um viés contaminado de uma avaliação unívoca.

Se imaginarmos uma biblioteca, podemos supor que os livros possam estar identificados e arrumados segundo alguns critérios de localização. Nesse caso, ela seria o sistema, enquanto um livro comporia esse sistema identificado por assunto, autor, ou qualquer outra especificidade.

Assim, entendemos que o instituto da repercussão geral deva ser estudado inserido em um sistema que, para nós, como objeto do estudo aqui desenvolvido, deva estar alinhado, em sua análise, com aspectos ligados *(i)* à constitucionalização e judicialização de alguns temas; *(ii)* o ativismo judicial; e *(iii)* reforma política.

Ao alinharmos estes aspectos não estamos, de forma alguma, tentando individualizá-los ou compactá-los como se fossem os únicos a serem abordados para um estudo como este. Em verdade, foram escolhidos para mostrar uma singularidade entre eles, o que não significa, repetimos, que só a eles estaria relegada uma análise sobre o tema.

Porém, a busca de entendimento e de suporte teórico servirão para nos ajudar na difícil empreitada analítica que nos propusemos, e que pode desaguar na avaliação de que a repercussão geral poderá não atender aos anseios de uma sociedade justa e democrática se não for pensada a partir de critérios específicos em diálogo com a lei e a justiça, e de uma reforma política que possibilite a atuação majoritária e administrativa buscando o interesse público.

Partindo da abordagem aqui efetuada, e se identificamos que tanto o STF quanto STJ, além de outros tribunais superiores abordam temas os mais variados que vão

desde a reforma previdenciária, passando pelas cotas raciais, uso de algemas e se o mandato político pertence ao partido, conseguimos inferir que a competência desses tribunais e especialmente dos dois tribunais superiores pode estar retirando do debate político temas que não estão expressamente previstos em lei.

Um pequeno exemplo – dentre vários – pode ser encontrado no recente caso da discussão levada a cabo no judiciário, para se saber se o colarinho (espuma) integra o copo de chope:

"APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.72.05.000103-2/SC

RELATORA: Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

APELANTE: JFT COM/ DE ALIMENTOS LTDA.

ADVOGADO: Sergio Fernando Hess de Souza e outros

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA
NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO

ADVOGADO: Eleonora Savas Fuhrmeister

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. MULTA APLICADA PELO INMETRO. COMERCIALIZAÇÃO DO "CHOPP". INCLUSÃO DO COLARINHO NA SUA MEDIÇÃO.

A medição realizada na bebida comercializada, denominada de "chopp," deve considerar o colarinho, pois este integra a própria bebida e é o próprio produto no estado "espuma" em função do processo de pressão a que é submetida a referida bebida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 23 de setembro de 2008.

Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Relatora

A decisão foi assim noticiada por uma revista eletrônica de Direito:

O colarinho do chope deve ser considerado parte integrante do produto. A decisão, proferida pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

(TRF4), foi publicada na última semana no Diário Eletrônico da Justiça Federal da Região Sul.

Uma empresa de comércio de alimentos de Blumenau (SC) foi multada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro), pois a bebida servida pelo estabelecimento incluía a espuma no volume total do produto. Segundo o fiscal do instituto, apenas o líquido poderia ser cobrado, desconsiderando a quantidade de espuma conhecida como "colarinho branco". A empresa recorreu contra a sentença de 1º grau, que manteve a multa em vigor.

No julgamento no TRF4, a 3ª Turma decidiu, por unanimidade, acolher o recurso de apelação do restaurante. Para a desembargadora federal Maria Lúcia Luz Leiria, relatora do processo no tribunal, "há um desvio na interpretação efetuada pelo fiscal do Inmetro". Conforme a magistrada, o chope sem colarinho não é chope. Ela considerou ainda que "o colarinho integra a própria bebida" e é o produto na forma de espuma, em função do processo de pressão a que é submetido.⁴⁹²

Tirante a situação um tanto quanto bizarra, o Poder Judiciário decidiu que "chope sem colarinho não é chope", ou chopp, como preferiu a relatora. Desse modo, ao judicializar o debate sobre os componentes do chope, retirou-se da sociedade a possibilidade de uma discussão de componente político, ou seja, a partir da decisão do juiz impõem-se regras e se determina que tal bebida, se for assim servida, "é a bebida". E não se fala mais nisso!

Luís Roberto Barroso avalia assim a judicialização de certos temas:

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na

⁴⁹² Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/142535/espuma-do-colarinho-faz-parte-do-chope>>. Acesso em: 7 mar. 2011.

deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas²⁰ [nota do original]. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.⁴⁹³

Desse modo, uma das razões aventadas para essa judicialização se verifica a partir de uma propositada postura dos Poderes Legislativo e Executivo em relação a um desgaste político que fatalmente teriam ao decidir no campo majoritário ou administrativo situações que envolvam clamor social ou um debate que poderia render perda de votos. Mas o perigo, por óbvio, é a desenvoltura com que o Poder Judiciário pode tratar dos temas, sem se preocupar com qualquer desgaste, já que os cargos de juiz não passam pelo crivo popular das eleições.

Porém, numa espécie de idiosincrasia, de manifestação pessoal eivada de discricionariedade, e sem qualquer compromisso com o sistema jurídico, a decisão judicial – por omissão dos poderes Legislativo e Executivo, ou por vontade pessoal do juiz – não aceita limitações legais previstas nesse sistema, e cria uma espécie de normatização, muitas vezes apoiada por alguns autores da área jurídica. É forçoso dizer que a lei aliada ao Estado de direito não prevê a simples aplicação da norma, mas a busca da justiça social que não pode estar relegada apenas a decisões dos tribunais, sob pena de estarmos sob a condução de um poder único, que tem a última palavra sobre tudo, inclusive em relação ao mérito da criação de leis, atos administrativos, contratos etc.

⁴⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011. [²⁰ Ver Rodrigo Uprimny Yepes, Judicialization of politics in Colombia, *International Journal on Human Rights* 6:49, mimeografado, 2007, p. 57. Ver também: José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva, O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria dos direitos*, 2009, p. 44: “Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões”].

O caso emblemático dos dispositivos presentes no Código de Defesa do Consumidor, principalmente no que tange às cláusulas abusivas nos contratos de adesão pode nos dar material para fazer a reflexão proposta.

Vejamos, por exemplo, o que afirma Cristiano Heineck Schmitt, de maneira contundente, em relação às previsões do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de adesão:

Apesar de absoluta a nulidade do art. 51 do CDC, e, portanto, insanável, de regra, [...] o inc.V do art. 6º do mesmo Código previu duas hipóteses em que o juiz possa alterar o contrato. '[...] fazendo pensar que não só a nulidade absoluta serviria como sanção, mas também que seria possível ao juiz *modificar o conteúdo* negocial [...]. Não tendo o Código de Defesa do Consumidor traçado maiores detalhes para a concretização do novo direito previsto ao consumidor, é lícito imaginar, primeiramente, a *redução de eficácia* da doutrina alemã, a qual prevê a ineficácia da cláusula abusiva, e não sua nulidade absoluta. Essa alternativa possibilita que o juiz reduza a cláusula contratual ao que permite a lei. Ocorre, que, prevendo o art. 51 do CDC a nulidade absoluta, a redução de eficácia não seria aplicável às cláusulas contratuais que se enquadrassem no rol desse mesmo dispositivo legal, pois impõe nulidade, e não ineficácia. Por outro lado, em caso de nulidade absoluta de determinada cláusula contratual, é possível ao juiz recorrer não só à lei supletiva da vontade das partes, o Código de Defesa do Consumidor, mas também ao próprio contexto do contrato e às demais cláusulas, obtendo, assim, a disposição que falta, *criando uma nova cláusula contratual*, numa autêntica *interpretação integrativa*, que é também uma interpretação pró-consumidor, prevista no art. 47 do CDC.⁴⁹⁴ (grifamos, em itálico no original)

Aqui nos parece, e vivenciando o exercício da advocacia no cotidiano, que muitos juízes, a despeito de protegerem o consumidor nas relações de consumo, atuam com um pensamento pontual, sem uma visão holística, e que não leva em consideração as consequências sistêmicas de sua decisão.

Não é de hoje que muitas decisões referentes aos planos de assistência médica ou seguro saúde obtêm na justiça decisões favoráveis a barrar um ônus excessivo

⁴⁹⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2006, p. 139-140.

que tenta ser repassado às prestações do contrato e adesão. Porém, não contentes em manter o equilíbrio do contrato para a parte aderente — o que seria perfeitamente legal, diante da legislação consumerista —, muitos juízes determinam o percentual de reajuste desses contratos. Ou seja, anulam a cláusula abusiva que prevê o reajuste e criam uma nova cláusula sanando a avença.

Imaginar que decisões desse tipo buscam proteger os consumidores pode significar um olhar para o futuro sem as implicações dessa mesma decisão, que poderá, por exemplo, criar dificuldades em novas contratações de outros consumidores. Podemos lançar um olhar para a década de 1990 e verificar que os planos de saúde ou seguros-saúde particulares simplesmente saíram do mercado ou ficaram inviáveis de serem contratados, dando lugar tão-somente a planos empresariais, prejudicando assim aqueles que não têm emprego, ou os aposentados e pensionistas. Muitas decisões da justiça, à época, determinavam o índice dos planos com referência à faixa etária, por exemplo, desconsiderando cálculos atuariais dos quais muitos juízes não têm o menor conhecimento.

Não se deseja imaginar que os segurados ou consumidores dos serviços de saúde fiquem “à deriva”, mas é importante refletir que se o sistema de saúde privado não pode exercer taxas e reajustes aos quais entende, por cálculo matemático, serem os adequados, simplesmente não prestam o serviço. E o Estado que os supra.

Podemos verificar, por exemplo, que a Súmula 469, do Superior Tribunal de Justiça, de 24 de novembro de 2010 prevê que “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Se supusermos que as cláusulas nulas do contrato possam ser recriadas pelo juiz, como quer o escritor supracitado, Cristiano Heineck Schmitt, teremos a subsunção dos contratos não somente à lei mas também à vontade do julgador de criar a nova cláusula.

Independentemente da discussão relativa às nulidades e ineficácias de cláusulas do contrato, nos parece perigoso que juízes possam buscar soluções segundo seu próprio entendimento, já que muitas vezes, por deficiência pessoal e missão institucional, o juiz não tem uma visão sistêmica. Desse modo, uma decisão que interfere numa política pública, por exemplo, como na distribuição de um remédio ou na localização de uma hidrelétrica ou no valor de reajuste de um contrato, não traz, via de regra, a melhor decisão.

O juiz deve sim verificar se os meios utilizados na contratação ou nas decisões do Poder Executivo obedeceram às regras e instâncias que levaram àquela decisão.

Insistimos nessa questão. Infelizmente, muitos juízes manifestam-se como se seu cargo fosse pessoalmente seu, sem se dar conta de que aos olhos da separação de poderes ele é o agente do Estado que julga a partir dos elementos normativos positivados, não tendo de mostrar na judicialização dos temas uma capacitação que, na maioria das vezes, não tem.

Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica^{33[nota do original]}, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos^{34[nota do original]}. *Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico^{35[nota do original]}. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça^{36[nota do original]}, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público^{37[nota do original]}. 495

⁴⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. {³³ A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF, DJ, 12 mai.2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello. ³⁴ V. Cass Sunstein e Adrian Vermeulle, *Interpretation and institutions, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28*, 2002: “Ao chamarmos atenção para as capacidades institucionais e para os efeitos sistêmicos, estamos sugerindo a necessidade de um tipo de virada institucional no estudo das questões de interpretação jurídicas” (p. 2). Sobre o tema, v. tb. Adrian Vermeule, *Foreword: system effects and the constitution, Harvard Law Review* 123:4, 2009. ³⁵ Por exemplo: em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. ³⁶ Ana Paula de Barcellos, *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, Revista de direito do Estado* 3:17, 2006, p. 34. Também sobre o tema, v. Daniel Sarmento, *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (Coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2008, p. 317: “[U]ma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romântica do juiz pode produzir resultados desastrosos quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização...”. ³⁷ Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de

Luís Roberto Barroso alerta que a formação especializada deve atrair as decisões de poder.

Porém, podemos refletir que se o Poder Judiciário entende que toda e qualquer decisão pode caber a si, ou pode verificar as decisões do Executivo e do Legislativo sem ater-se apenas ao devido processo legal dessas decisões, verificar-se-á, sem dúvida, julgamentos a partir de uma visão pessoal, que cria anseios emocionais particularizados, decidindo não a ação em si, mas o papel do Estado ou de uma autarquia numa ação de política pública. Esse é o papel que muitos juízes acreditam ter.

Desse modo, ao verificarmos que nossa Constituição é abrangente e detalhista na escolha e previsão de temas, tais como reforma agrária, previdência social, criança e adolescente, família, desporto, assistência social, direito dos idosos, que o Colégio Pedro II será mantido na órbita federal, dentre tantos outros, podemos concluir que, de certo modo, a judicialização é uma consequência possível e inevitável diante de uma Constituição que prevê temas que absolutamente não precisariam ter status constitucional.

Uma constituição enxuta resolveria parte do problema?

Acreditamos que seria um bom começo, levando em consideração que direitos fundamentais, organização do Estado, organização dos poderes são, sem dúvida, temas obrigatórios de uma previsão na carta de direitos.

Mas por que manter uma constituição abrangente e detalhista e criar instrumentos que impeçam a discussão dos direitos que nela se prevêm? A resposta certamente é difícil. Mas percebe-se claramente que as instâncias burocráticas do Estado dela se utilizam para manter um *status quo* inoperante.

saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009}.

Entendemos que esse excesso de constitucionalização de temas pode dar margem então a um modo pró-ativo e expansivo de interpretar a constituição, permitindo uma atuação mais ampla do judiciário, redundando então no chamado ativismo judicial. Nossos juízes são todos intérpretes da Constituição. Por mais paradoxal que possa parecer, o viés da interpretação constitucional das mais variadas regras não seria necessário se não constitucionalizássemos tanto.

Mas antes de pensarmos em uma alteração constitucional que produzisse defesas de direitos e garantias individuais e coletivas, deu-se preferência à criação de filtros que irão permitir que um pedido possa ser indeferido já na petição inicial, e que por consequência não vá merecer a atenção do Supremo Tribunal Federal, pelo simples fato de um grupo de juízes – (i) os de primeiro grau não vislumbram repercussão geral via súmula vinculante, ou que já julgaram casos idênticos e indeferem a inicial; (ii) os de tribunais estaduais aguardam os tais recursos repetitivos para enviar apenas um ao STJ; (iii) e os do STF dificilmente verão no recurso a repercussão geral.

Por fim, verificando a dificuldade de se levar a discussão de um direito individual lesado ao sistema de controle difuso de constitucionalidade, a figura do ativismo judicial é peça chave, já que as decisões do Poder Judiciário estimulam, para dizer o mínimo, um posicionamento, uma atitude que, atrelada a um sistema propositalmente endurecido e refratário, não nos fornece a justiça, tampouco o direito.

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de

inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.

Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.⁴⁹⁶

Impor condutas ao Poder Executivo pode trazer benefícios imediatos à população, mas pode estar revelando uma crise de legitimidade, representatividade e de funcionalidade do Poder Legislativo.

Uma reforma política recuperaria – num debate amplo e democrático – o papel de cada Poder, dando a eles, verdadeiramente, a autonomia e independência que, verifica-se, hoje não existe.

7.6. Atuação do Poder Judiciário diante de um caso concreto

Nesse tópico faremos uma análise de um caso concreto envolvendo o choque entre um direito individual e um direito coletivo, com o objetivo de verificar se a repercussão geral resultaria objetivamente num possível distanciamento do Estado de direito e, como consequência, na afirmação do Estado de mera legalidade, na medida em que traria prejuízo à defesa em juízo dos direitos e garantias individuais, ao exigir que o recorrente demonstre a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Para tanto, iniciaremos com uma breve evolução histórica dos direitos do homem, do direito individual ao direito de solidariedade.

⁴⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011.

7.6.1. Evolução histórica dos direitos do homem: do direito individual ao direito de solidariedade

Na história da formação dos direitos do homem é possível destacar três períodos. O surgimento dos direitos de liberdade; o surgimento dos direitos sociais; e o surgimento dos direitos de solidariedade ou fraternidade.

Ao longo da história receberam doutrinariamente a denominação de direitos, respectivamente, de primeira geração, de segunda geração e de terceira geração.

Os direitos de liberdade, as chamadas liberdades públicas, se caracterizam em exigir da parte dos outros, inclusive dos órgãos públicos, obrigações puramente negativas, ou seja, a abstenção de determinados comportamentos.

Esses direitos de liberdade são as garantias individuais que hoje se encontram em várias cartas constitucionais dos países ocidentais, e que nos dizeres de Norberto Bobbio, representam “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado”.⁴⁹⁷

A Revolução Industrial irá marcar o início da busca pelos direitos sociais que vêm a ser, como dimensão dos direitos fundamentais do homem:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 32.

⁴⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 287-287.

Com o crescimento da população e os novos sistemas de relações econômicas que traziam populações dos campos para o trabalho na cidade, tornou-se necessária a criação de leis que garantissem aos trabalhadores outros direitos, agora relacionados com a tutela do Estado em relação ao próprio trabalho.

Enquanto os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica — constituem um dique contra a intervenção do Estado —, os direitos sociais, ao contrário, representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida.

[...] Além disso, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do *status quo*, os direitos sociais, pelo contrário, são a priori imprevisíveis, mas não de ser sempre atendidos onde emergjam do contexto social.

[...] A ‘questão social’ que eclodiu na segunda metade do século XIX colheu de surpresa a burguesia, impondo-se-lhe como o problema principal a que ela devia frente e que ainda continua sendo um problema sem solução do Estado moderno.

[...] Toda comunidade que tinha de prover ao sustento dos seus pobres procurou, na realidade, expulsá-los e deixar entrar o menor número possível. Até o início do século XIX, a tarefa assistencial era confiada às corporações de artes e ofícios. O fim das corporações foi levada avante pelas sociedades de socorro mútuo, às quais cabiam também atribuições previdenciárias. Ao fim, a previdência social se impôs como uma necessidade em face dos riscos acarreados pela Revolução Industrial, que trouxe aos trabalhadores condições de maior pobreza e os relegou em vastos aglomerados urbanos, privados dos laços de solidariedade que encontravam na comunidade rural.⁴⁹⁹

Assim foi que parte da Europa “nascida” com a Revolução Industrial aumentava a produção de produtos manufaturados sem levar em consideração danos causados aos trabalhadores.

Alguns interesses, a partir desse momento, necessitavam de uma apropriação coletiva, organizada, já que as invenções surgidas da metade do século XIX

⁴⁹⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 8. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, verbete “Estado Contemporâneo”, p. 401-403.

até o início do século XX revolucionaram o modo de exploração das classes trabalhadoras mais do que beneficiaram a sociedade como um todo.

Era necessária a proteção dos direitos coletivos, pois naquela sociedade já não havia espaço para o homem considerado isoladamente.

Nesse momento histórico — um caminho iniciado na segunda metade do século XVIII e que alcançava o início do XX —, a preocupação, como não poderia deixar de ser, ligava-se às conquistas de melhor condição de trabalho.

Esse Estado, preocupado com as relações sociais, depois de muitas lutas e conquistas da sociedade, e que surge no início do século passado, busca no Direito — e nisso não há novidade — novas formas de convívio social, por intermédio de suas estruturas jurídicas para tentar, talvez, amenizar a arriscada busca de desenvolvimento econômico num mundo repleto de “parceiros” gananciosos, prontos a manter sua estrutura em troca de “boas leis”.

A agregação de luta de conquistas sociais às já conquistadas liberdades individuais cria um novo cenário que demonstra que a proteção de uma coletividade⁵⁰⁰ requer mais que as conquistas individuais trazidas pelos ventos do liberalismo.

Desse modo, o processo de industrialização ocorrido principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América trouxe padrões tanto para o exercício da atividade econômica quanto para as lutas das classes trabalhadoras.

Observa Norberto Bobbio que nesse momento “foram proclamados os direitos sociais que expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer de novos valores —, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar liberdade através ou por meio do Estado”.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ “Uma das causas da aglutinação dos interesses coletivos junto aos Sindicatos consistiu na necessidade de proteção de uma ‘categoria’ que, uma vez constituída, falará pela voz do Sindicato. Certo, existe uma ‘liberdade sindical’, mas é curial que no embate capital *versus* trabalho os integrantes de cada qual desses pólos nada poderão fazer no plano individual; a filiação torna-se, ao menos no plano prático, simplesmente obrigatória, por uma questão de manutenção no emprego e dos meios de produção.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, p. 51).

⁵⁰¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 33.

Os direitos de solidariedade ou fraternidade são aqueles relacionados à autodeterminação dos povos, à defesa da paz, à cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, ao meio ambiente equilibrado e à saudável qualidade de vida, dentre outros direitos difusos.

Os direitos difusos, denominados por alguns doutrinadores como sendo direitos de terceira geração, nos quais se insere o direito ao meio ambiente, por exemplo, surgem no contexto do Estado Democrático de Direito, no âmbito de uma sociedade complexa. Esses direitos – considerados difusos por suas características peculiares, quais sejam: indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, intensa litigiosidade interna – ultrapassam a visão individualista, superando a dicotomia entre o público e o privado.

Analisando-se a evolução dos textos legais no Brasil, principalmente a partir da década de 1970, verifica-se que os direitos difusos são a consequência natural da evolução econômica, social e política advinda a partir da segunda metade do século XVIII.

Assim, tanto os direitos individuais conquistados – e reafirmados com a independência das colônias inglesas na América do Norte e na Revolução Francesa – quanto os direitos sociais e coletivos começam a ser, eles mesmos, barreiras para a manutenção e luta por direitos até então desconhecidos, e novas teorias acalentam as discussões jurídicas do século XX.

As barreiras as quais nos referimos poderiam se traduzir, por exemplo, em relação à legitimidade de um certo número de pessoas (ou pessoas indeterminadas) estar(em) no pólo ativo ou no pólo passivo das ações judiciais.

As relações trazidas pela produção em massa de mercadorias e bens de consumo, e essa mesma produção sendo responsável por danos causados ao meio ambiente, traz um problema a ser resolvido pelo aparato legal do Estado: o contratual, fruto da compra e venda dos produtos comercializados e o extracontratual, fruto dos danos causados ao meio ambiente, por exemplo.

Não era possível nivelar o homem que adere aos contratos como consumidor com aquele que é vítima da poluição causada pela produção.

Esse mesmo ser que tem individualmente um direito ao nome, à liberdade; que busca no sindicato ou na associação de classe seus direitos sociais estava “órfão” do Estado, daquele Estado que surgiu em busca do bem comum.

Diferentemente dos direitos liberais, que são uma garantia do indivíduo diante do poder do Estado, e diferentemente também dos direitos sociais, que consistem basicamente em prestações que o Estado deve ao indivíduo, os direitos de solidariedade, como é o caso do direito ao meio ambiente, não nascem de uma relação social nem de um *status*, mas da valorização da pessoa humana, da consciência de que não havendo meio ambiente sadio e equilibrado não haverá vida.

A demanda que se faz neste momento não é que se proteja a propriedade do outro, ou sua liberdade, ou seu direito de assistência frente ao Estado, mas o respeito ao outro, à pessoa e à vida em geral, que não se circunscreve ao espaço delimitado pelos direitos civis, políticos ou sociais, mas abrange todo o seu relacionamento com o meio ambiente e com o futuro, uma vez que o outro não é mais apenas aquele que se conhece agora, mas também aquele que está por vir, ou seja, são também as futuras gerações.⁵⁰²

Consideramos necessária essa breve explicação sobre a evolução dos direitos do homem porque ela servirá de base para nossa abordagem, no estudo de caso, do choque entre direitos; de um lado o direito individual de propriedade e de outro o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, respectivamente direito de liberdade (primeira geração) e direito de solidariedade (terceira geração).

Ao discutirmos esse choque de direitos que se põe frente ao Poder Judiciário, pretendemos demonstrar que no século XXI, em especial no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), pode estar ocorrendo uma perigosa prevalência do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobre o direito individual de propriedade. E, a nosso

⁵⁰² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: VARELLA Marcelo Dias e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 21.

ver, essa prevalência muitas vezes é fruto de um legalismo exacerbado, como teremos oportunidade de observar na análise do caso concreto.

É certo, e não podemos desprezar esse reconhecimento, que o TJSP tem tido posicionamento que vai ao encontro das discussões mundiais em torno da proteção ambiental. Mas, o que não tem sido considerado com o devido cuidado, daí nosso estudo nessa tese, é a vulnerabilidade dos direitos individuais face (i) ao(s) poder(es) administrativo(s) do Estado (Administração Pública), e (ii) às ações judiciais daqueles legitimados para agir em nome da defesa da coisa pública em face do cidadão.

Para tanto, a nossa discussão do caso concreto utilizará a análise de um processo judicial relativamente à temática deste capítulo, abordando, por isso mesmo, o papel do controle difuso construído a partir da falta da ampla defesa e do peso do contraditório em primeiro grau de jurisdição, e que, em última análise, sensibilizou o relator do acórdão e a Câmara do Meio Ambiente do TJSP, que fizeram incluir na parte final do texto algo inédito nas decisões daquela corte, relativamente ao direito individual de um proprietário frente à preservação ambiental. Note-se que é também importante diferenciar o “detentor” desse direito individual: se é uma incorporadora ou construtora ou se é uma pessoa individualmente considerada. Mas isso será discutido mais à frente.

Como detentor de direitos individuais, o cidadão deveria ter à sua disposição instrumental jurídico que pudesse criar um equilíbrio da prestação jurisdicional, com respeito aos procedimentos que buscam a sentença. Porém, o que se vê é um instrumental autoritário em favor de um processo que caminha de maneira inquisitorial. Em verdade, o choque desses direitos não é uma mera prevalência de um direito em relação a outro. É, isso sim, um afunilamento de questões ligadas a esse choque e que precisam ser discutidas caso a caso. Daí nosso entendimento ligado à importância do controle difuso, e o nosso posicionamento defendido nesta tese de que o instituto da repercussão geral poderia indicar um enfraquecimento da democrática discussão de prevalência de direitos.

7.6.2. Caso concreto: colisão do direito individual de propriedade diante do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

7.6.2.1. Explicação necessária

Antes de iniciarmos a abordagem do caso concreto, é importante esclarecer que a escolha que serve de base à análise não tem ainda, no Supremo, qualquer decisão objetiva. Trabalhamos com a hipótese de o caso a seguir obedecer a um dos critérios presentes no Relatório Geral da Repercussão Geral,⁵⁰³ do próprio STF, de março de 2010, que prevê “Questões constitucionais ainda não decididas ou sem jurisprudência dominante no STF”.

Por isso, avaliaremos uma Ação Civil Pública na qual o Ministério Público da Comarca de Jacareí pede liminar ao juiz singular para demolição de imóvel e recomposição da área, por entender que a propriedade tem sobre si legislação ambiental que não permitiria o tipo de intervenção ali efetuada.

Também é importante esclarecer que a escolha do caso concreto, a nosso ver, pede a intervenção do Supremo, por se tratar de tema previsto na CF, em seu art. 5º, *caput*, que prevê que a propriedade tem *status* constitucional – como garantia fundamental e direito individual –, condicionada aos termos ali mesmo expressos, de acordo com os incisos XXII e XXIII.

A empreitada, portanto, obedece a critérios que foram discutidos nesse texto, e que dão conta de que a repercussão geral não pode e não deve ser estudada pontualmente, e que, em verdade, faz parte de um sistema “paralisante” de todo o judiciário relativamente ao controle difuso de constitucionalidade – que o Relatório do STF acima mencionado nomina de “fundamental para administração do sistema e para o estabelecimento de frutífero clima de cooperação e atuação coordenada” e de “gestão compartilhada” – para, enfim, dar ao STF a possibilidade de avaliar o que, por intermédio do efeito “dominó” que

⁵⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio>. Acesso em: 10 mar. 2011.

se obtém a partir da decisão da repercussão geral formalmente considerada, seja constitucional para a Corte, e mereça sua intervenção.

Podemos, a partir do Relatório do ano de 2010 do STF⁵⁰⁴, que será aqui reproduzido em pequeno trecho, ter uma ideia da postura gerencial tomada, e que se sobrepõe a outra de cunho estrutural, que permitiria não apenas uma diminuição quantitativa da carga de trabalho do Supremo, mas uma real determinação de deixar aos Tribunais federais regionais e aos Tribunais estaduais a possibilidade de analisar e enviar ao STF discussões intersubjetivas e constitucionais de casos em que estivessem envolvidos direitos individuais protegidos pela Constituição.

Desse modo, por primeiro, parte do relatório do Supremo⁵⁰⁵:

Repercussão Geral

Os bons resultados alcançados pelo STF em 2010 decorrem, em grande parte, da aplicação da sistemática da Repercussão Geral, que possibilitou, em pouco mais de três anos, a mudança do perfil dos julgamentos do Tribunal. Desde 2007, houve redução de 38% no número de recursos extraordinários e agravos de instrumento que chegam a Corte.

AIs e REs - 2007 a 2010

2007: 100.880 autuados e 99.224 distribuídos

2008: 64.944 autuados e 61.665 distribuídos

2009: 52.683 autuados e 35.739 distribuídos

2010: 63.186 autuados e 31.539 distribuídos

A sistemática da Repercussão Geral foi decisiva para o fortalecimento do papel constitucional da Corte, para o aprimoramento do processo decisório e para a unificação da inteligência de matérias relevantes. Outro destaque foi o trabalho conjunto entre os tribunais, fundamental para administração do sistema e para o estabelecimento de frutífero clima de cooperação e atuação coordenada.

⁵⁰⁴

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio>. Acesso em: 10 mar. 2011.

⁵⁰⁵ Foram retirados os elementos gráficos, mas mantidos os dados ali expostos.

O STF começou a gerir seu estoque de processos sob o prisma do impacto concreto que seus julgamentos, em sede de controle difuso, implicam sobre todo o Poder Judiciário. E, de modo correlato, todo o Poder Judiciário passou a acompanhar, muito de perto, os pronunciamentos da Corte.

Ao STF cumpre analisar, com prioridade, os temas que sobrecarregam os tribunais, bem como aqueles sobre os quais haja divergência jurisprudencial. Cabe também ao STF disponibilizar, de forma eficiente e clara, dados referentes a Repercussão Geral para todo o Poder Judiciário e para os jurisdicionados, além de velar pela manutenção de adequado e permanente canal de comunicação entre todos os interessados.

Aos tribunais de origem, por seu turno, foi conferida não menor responsabilidade pelo sucesso do instituto da Repercussão Geral. Além do gerenciamento de processos sobrestados, os tribunais dispõem do instrumento de eleição de causas representativas das controvérsias, enquanto identificam temas que, pela particular relevância, serão encaminhados e julgados pelo STF, com poder de sobrestamento das demais causas que tenham por objeto o mesmo tema. Mais do que isso, nos assuntos em que o STF decida não haver Repercussão Geral subsiste, agora mais valorizado, o entendimento de cada tribunal.

Para além da institucionalização da Repercussão Geral como “*gestão compartilhada*”, a constante troca de informações torna viável o conhecimento qualitativo do acervo dos tribunais, o que conduz a prestação jurisdicional mais efetiva, com a quantificação e o dimensionamento dos impactos sobre a sociedade, cuja referencia deve ser preponderante no sistema.

O instituto da Repercussão Geral tem exigido atenção prioritária do STF, pelos seus efeitos na qualidade da prestação jurisdicional, merecendo dedicação intensa de sua equipe e dos Presidentes que atuam na Corte.

Desde o início de sua prática, significativas modificações regimentais e administrativas foram aprovadas para fortalecer e garantir a efetividade do instituto, entre as quais:

- criação do plenário virtual para julgamento da questão da Repercussão Geral, possibilitando que as manifestações e os votos sejam proferidos em meio eletrônico, com prazo de 20 dias, para concretizar a desejável celeridade, sem prejuízo de prazo suficiente para reflexão;

- adaptação dos Gabinetes dos Ministros e das áreas administrativas ao gerenciamento do instituto;
- introdução de espaço exclusivo no sítio eletrônico do STF para pesquisa e acompanhamento dos temas;
- instituição, em 2010, da Comissão de Apoio a Repercussão Geral, formada por acadêmicos, advogados e outras pessoas que atuaram, desde o início, na implantação da sistemática do instituto, para assegurar que seja difuso o conhecimento e que sejam considerados todos os pontos de vista desses atores;
- realização do Seminário sobre Repercussão Geral, nos dias 17 e 18 de novembro de 2010, em parceria com o Ministério da Justiça, tendo em vista a crescente necessidade de produção de conhecimento sobre a matéria e de busca de soluções aos desafios enfrentados cotidianamente. O evento contou com a participação de advogados, procuradores, magistrados e servidores de diversos tribunais. Como resultado, várias propostas foram apresentadas para o aperfeiçoamento do sistema, como a elaboração de dispositivos-padrão relativos a repercussão geral para os regimentos internos dos demais tribunais; e
- concepção do novo regime de gerenciamento por temas, que visa a facilitar a compreensão do instituto ao afirmar a importância das “questões de fundo”, e não de cada processo individual, já que a Repercussão Geral em muito se aproxima ao controle concentrado de constitucionalidade.

Considerando-se que, desde 2007, o Supremo teve diminuição de 68,21% dos feitos distribuídos, esse resultado contribui de forma significativa para a rapidez na análise dos temas mais conspícuos.

No que diz respeito aos tribunais, colhem-se não poucos exemplos de boas práticas, como a criação de estruturas especializadas e métodos inovadores de gerenciamento e disponibilização de dados.

Contam-se, hoje, 380 temas examinados sob o prisma da Repercussão Geral, dos quais já foram julgados, no mérito, 97. Diversas questões de direito tributário tiveram importância reconhecida, como o tiveram ainda outros temas, como, por exemplo, a incidência de taxa de juros em precatórios, a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, aspectos ligados a inelegibilidade e casos de validade de gravação ambiental.

Percebe-se sem qualquer esforço que, ainda, a matéria tributária é que ganha relevo e os demais esperam a oportunidade ou de serem avaliados ou de serem encerrados com os entendimentos “mais valorizados” dos Tribunais.

Os riscos de termos decisões em uma única instância – primeira ou segunda – são enormes, e serão comentados a seguir.

7.6.2.2. Caso concreto

Com base nos posicionamentos doutrinários abordados em itens anteriores dessa tese, passaremos à análise de um caso específico de choque do direito de propriedade (CF art. 5º, caput e incisos XXII e XXIII, e Código Civil, art. 1228, § 1º) com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225).

Diz respeito a uma ação civil pública, que tramitou perante a Comarca de Jacareí-SP, sob o número 1242/05, na qual o Ministério Público do Estado de São Paulo (MP) em defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado alega que os co-réus estariam agindo de forma a degradar Área de Preservação Permanente (APP) – área essa que de acordo com a lei sofre restrições para intervenção antrópica –, já que, fazendo uso de seu direito de propriedade, construíram uma casa em área à beira de represa localizada na bacia hidrográfica do Rio Paraíba, num condomínio de recreio e lazer, denominado Recanto dos Pássaros.

No pólo passivo da ação figurou também o Poder Público municipal de Jacareí, já que fora responsabilizado por aprovar o loteamento no qual os co-réus têm sua propriedade.

O Ministério Público juntou na inicial fotos de satélite, pareceres, laudos, doutrina e jurisprudência, na tentativa de que sua argumentação pudesse ser única, sem qualquer outro viés e pediu obrigações de não fazer e de fazer aos réus, que compreenderam: a) não dar continuidade às obras na propriedade ora sob restrição, inclusive iniciar qualquer outro tipo de construção; b) não realizar quaisquer intervenções no lote; c) não conceder (a co-ré Prefeitura do Município de Jacareí) qualquer tipo de licença/autorização para intervenção no lote; e na prática dos seguintes atos: a) demolir a edificação levantada; b) restaurar o estado primitivo do imóvel; e c) preservar o estado primitivo do imóvel restaurado.

A liminar foi concedida pelo juízo de primeira instância da Comarca de Jacareí, antes que fosse ouvida a parte contrária, no caso os co-réus.

Os advogados dos co-réus, por meio da interposição de agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), tentaram caçar a liminar concedida pedindo efeito suspensivo daquela decisão, porém não obtiveram êxito, já que se depararam com o entendimento bastante inflexível do Tribunal, conhecido por advogados que militam na área, de que o procedimento ordinário em primeira instância dará os elementos necessários para a decisão final, e não se deve nele interferir.

Apresentadas contestação e especificação de provas, os advogados dos co-réus solicitaram inspeção judicial, negada peremptoriamente pelo julgador, o que causou certa estranheza, já que a área em questão – e as imagens de satélite juntadas aos autos confirmavam – está sedimentada e estruturada com ocupação antrópica há muitos anos, servindo como área de recreio e turismo.

Sem qualquer produção de provas no curso de processo, o juiz sentenciou, tomando como base genérica a preservação do meio ambiente (CF, art. 225), e um relatório de um técnico do próprio MP, sem que pudesse haver o crivo do contraditório.

Foi juntada aos autos da ação a decisão do TJ do Rio de Janeiro, relativamente ao papel do juiz, conforme abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL 2008.001.09096

PARTE APELANTE: MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS

PARTE APELADA: RONALDO RIBEIRO DA SILVA

RELATOR: DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

Administrativo. Meio ambiente. Ocupação irregular em área de preservação permanente. Dano ambiental. Área não edificante. Demolição. Versa a controvérsia sobre parcelamento irregular do solo da região denominada de Sertão do Zungu, na Comarca de Angra dos Reis, bem como a demolição das construções já realizadas. Decretação da revelia. Presunção de veracidade. Configuração de dano ambiental decorrente da conduta ilícita do réu, ora apelado, que ocupou área de preservação ambiental permanente considerada não-edificante. Sentença reformada. Recurso provido. O Juiz é o presidente do

processo, tendo o dever de diligenciar na busca pela verdade dos fatos. Para tanto, a lei lhe confere uma série de prerrogativas, tal como a esculpida no artigo 130 do CPC, *in verbis*:

"Art.130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias." (...)

Entretanto, a ele também cabe garantir os direitos conferidos às partes, inclusive com sede constitucional, como o contraditório e a ampla defesa. Somente com a conjugação dos referidos preceitos é que se atingirá plenamente a ideia de sistema, ínsita em todo o ordenamento jurídico. (...) Restando ainda dúvidas sobre a legitimidade da pretensão autoral, deveria o douto Magistrado ter deferido a produção das provas pretendidas pelo Autor, vez que estas não se mostrariam inúteis ou protelatórias. Tampouco serve de fundamento o fato de o Requerente ter dispensado a realização de perícia, já que, entendendo pela sua imprescindibilidade, deveria o Juiz tê-la requerido de ofício, conforme muito bem salientado pelo ilustre membro do *parquet* em seu parecer de fls. 65/67. (grifamos)

O texto do acórdão acima é emblemático relativamente ao posicionamento de muitos juízes. Se o juiz não tivesse se negado a fazer uma inspeção *in loco* poderia ter trazido para os autos aquilo que não está apenas no papel, e teria dado mostras de que estaria deveras preocupado com o direito e não apegado ao excesso de formalismo do processo. Um julgador que tudo resolve a partir de seu gabinete, sem se deslocar ao local objeto da demanda – ainda mais por se tratar de uma ação ambiental –, estará dando mostras de que não está preocupado verdadeiramente com o direito e com a justiça social.⁵⁰⁶ A visão segundo a qual o que não está nos autos não está no mundo jurídico, o

⁵⁰⁶ Rudolph von Ihering, um dos representantes da escola de pensamento jurídico *antiformalista*, desenvolveu estudos que questionaram justamente o pensamento da escola de pensamento *formalista* — cujos exemplos foram a Escola de Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha — que cultuava o formalismo jurídico, cuja marca essencial era uma concepção mecanicista do Direito, que pregava o apego à literalidade do texto legal e à intenção do legislador, e via com desconfiança o Judiciário, ao qual não reconhecia a possibilidade de qualquer atuação criativa. O jurista alemão foi uma das vozes mais expressivas na defesa de um Direito que deve servir aos fins sociais antes que aos conceitos e às formas. Entendemos que o Poder Judiciário não pode ficar atrelado ao formalismo exacerbado, pois deve buscar os fins sociais por traz da letra fria da norma. Evidentemente, que não queremos aqui dizer que o juiz deve ser criativo a ponto de “fazer leis” (conforme verificado no tópico em que tratamos do *ativismo judicial*), mas não deve ficar preso ao rigor do formalismo legal, para muitas vezes justificar sua inércia diante do caso concreto, como este sob análise. A tese central defendida por Ihering é de que a substância do Direito repousa sobre a noção de interesse juridicamente protegido: a ordem jurídica como um todo, bem como suas normas particulares — e aqui merece o esclarecimento de que o jurista alemão escreveu sua teoria voltada para o direito civil, que era à época o centro de irradiação do pensamento jurídico e comum nos países de tradição romano-germânica — sempre possuem uma finalidade, servem à promoção de algum objetivo positivamente valorado. Para Ihering a verdade subjacente aos conceitos jurídicos era relativa, pois o Direito em grande parte seria resultado do conflito de interesses. Mesmo na origem de um direito específico se encontraria um interesse que logrou ser

obriga, em tese, a aplicar a norma com base na análise dos elementos levados aos autos, gerando empobrecimento da prestação jurisdicional e pondo em risco o direito lesado.

Durante o desenrolar da instrução, o Ministério Público solicitou prova técnica – perícia, porque “*necessária ao deslinde do feito*” – e desistiu depois que foram apresentados os quesitos dos co-réus.

Tal situação, por incrível que possa parecer, fez com o juízo impusesse o ônus do pagamento de honorários periciais aos co-réus, o que resultou em prejuízo à tese de defesa, já que os proprietários, diante da difícil situação financeira em que se encontravam não poderiam pagar pela prova solicitada pelo Ministério Público. Além, o posicionamento do juízo de Jacareí fere previsão legal do art. 18 da Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, e de posicionamento já consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que foi juntado aos autos, e trazido a seguir, por considerarmos fundamental para o entendimento do trabalho até aqui empreendido:

REVISÃO. IMPACTO AMBIENTAL. ADIANTAMENTO. HONORÁRIOS. PERITO. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de adiantamento de honorários de perito, em razão de decisão nos autos de ação civil pública com vistas à realização de auditoria ambiental e à revisão de estudo de impacto ambiental (EIA) e do relatório de impacto ambiental (RIMA) de usinas de complexo termelétrico. Consiste o caso em definir se a dispensa do ônus em favor do Ministério Público implicaria transferi-lo para a empresa ré, que não requereu a produção de provas, conforme o entendimento adotado na decisão de primeiro grau e mantido pelo acórdão recorrido, que consideraram a recorrente como a única parte envolvida com interesse econômico na demanda. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, invocando precedente, decidiu que a Fazenda Pública da União ou do estado-membro deverá arcar com o adiantamento de honorários de perito nesses casos como os dos autos e a parte vencida deverá ressarcir o vencedor ao final. Observou-se não haver qualquer imposição normativa que obrigue o réu a adiantar essas despesas, ainda que ele seja o Ministério Público. Tal obrigação também não consta do regime da ação civil pública, embora haja o art. 18 (dessa Lei n. 7.347/1985), que deve ter interpretação restrita. Não se pode concluir que cabe ao réu adiantar despesas

tutelado. Trata-se, portanto, de teoria empírica do direito, afastada do formalismo que caracterizava a jurisprudência dos conceitos. (Ver nesse sentido a nota de rodapé n. 13 da obra de Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, p. 275. A teoria de Ihering pode ser verificada em suas obras: *A luta pelo direito*; *O espírito do Direito romano*; *A finalidade do Direito*.)

requeridas pelo autor nem que os peritos particulares devam custear encargos públicos. Precedentes citados: REsp 858.498-SP, DJ 4/10/2006; REsp 622.918-SC, DJ 6/6/2005, e REsp 479.830-GO, DJ 23/8/2004. REsp 933.079-SC, Rel. originário Min. Herman Benjamin, Rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 12/2/2008.)

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 846.529 - MS (2006/0098832-1)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE

PROCURADOR : LAUDSON CRUZ ORTIZ E OUTROS

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

ADIANTAMENTO DAS DESPESAS NECESSÁRIAS À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85. CPC, ART. 19.

1. Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais.

2. A teor da Súmula 232/STJ, "A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito". O mesmo entendimento deve ser aplicado ao Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, inclusive em ações civil públicas.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 19 de abril de 2007.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator

Os poderes do juiz e do Ministério Público na ação civil pública, quando mal utilizados, são análogos ao processo inquisitorial que nenhuma chance dá ao réu, e põe por terra uma das bases do sistema republicano, que é o Estado Democrático de Direito.

Retirar o princípio do contraditório, que democratiza o desenrolar do processo, é sustentar um posicionamento nazista, segundo o qual o querer e o desejo de um só – no caso, do Ministério Público – são o que basta à justiça.

O sofrimento e a ansiedade dos réus, bem como a impossibilidade de exercerem um direito que percebem justo, não foram refletidos na letra fria e distante da sentença, que pouco ou nada se importando com o direito ao contraditório, enveredou pelo caminho mais fácil para o juízo: o pouco caso relativamente ao direito e à jurisprudência que não prevê, não admite a antecipação de custas pelo réu em prova solicitada pelo Ministério Público. Tal situação gerou a “preclusão da prova”, o que serviu de sustentação na decisão uma a “inércia” dos co-réus em relação à defesa de seu direito de propriedade.

Nesse sentido, e já antecipando posicionamento em relação à dificuldade de se fazer prova contrária ao que deseja o Ministério Público, é de se notar que os embates nas mais diferentes comarcas do Brasil não podem deixar de ser considerados por doutrinadores e ministros do Supremo, sob pena de termos uma teoria alijada do cotidiano forense. Em que pese análises extensas sobre direitos individuais e garantias fundamentais, muitas vezes nos deparamos com posturas em que as prerrogativas do cargo público de juiz são tidas como um poder pessoal de seus ocupantes. É certo que tal situação é real e interfere na luta pelos direitos individuais.

Assim, tais exacerbações acabam afastando do processo judicial a análise sistêmica da legislação, fazendo com que o juiz aplique uma espécie de “bula” definida nos manuais entregues para juízes substitutos.

A falta de capacitação profissional dos julgadores é fator importante para esta análise, na medida em que, cada vez mais, não importará se o juiz sabe aplicar o direito, já que poderá, com Repercussão Geral, Súmulas Vinculantes e indeferimento da inicial por já ter julgado, em outra oportunidade, casos idênticos, esquivar-se de buscar um entendimento mais acurado e próximo da justiça.

Exemplo de que a aplicação das bulas empobrece o processo e cria injustiças se refere à questão do alcance e irradiação da palavra “lei”, trazida na CF, em seu art. 5º, inciso II. Senão, vejamos o que se expõe a seguir.

A Constituição Federal previu que a preservação do meio ambiente estender-se-á por diversas matérias e abordagens que foram consideradas nos incisos do art. 225.

Assim cabe ao Poder Público e à coletividade a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. E para isso prevê o inciso III, do art. 225 que se deve:

III. definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (grifamos)

Pois bem, quis o legislador constitucional, diante do choque entre direitos individuais de um lado – áreas, espaços territoriais, propriedades – e difuso do outro – defesa do meio ambiente – que sua ação interventiva se fizesse através de lei. Uma, porque obedeceria a um princípio fundamental da limitação da ação do Estado para que não haja abuso; duas porque a democracia plena se exercita com base na lei, em seu sentido de criação legislativa, conforme nosso sistema jurídico.

Ora, a Constituição não deixa ao alvedrio de quem quer que seja essa ação de limitação, de intervenção nos direitos individuais; a Carta a limita à criação da lei. E se o nosso sistema jurídico contém exigência para casos em que a lei deva nortear a ação dos poderes da nação, não pode o Poder Judiciário estender o conceito de “lei” aplicando, por exemplo, uma norma regulamentadora fruto da pena do administrador em substituição ao sistema; de outro lado também não pode desobedecer ao critério constitucional da aplicação do princípio do contraditório e, por conseguinte, da ampla defesa ao desprezar outra previsão constitucional (CF, art. 5º, LV); e por último, e como consequência, acabará aplicando, e mal, entendimento consolidado por outros juízes que já passaram pela

comarca em outras ocasiões, ou de colegas que julgaram casos parecidos, numa atividade que se aproxima perigosamente de um ativismo judicial repetitivo.

Além disso, a aplicação da lei – e aqui sem esquecer que seu endeusamento também se torna perigoso. Alerta feito no capítulo que tratamos do Estado de Legalidade – e de seus consectários administrativos (resoluções, portarias, instruções normativas) deve obedecer também a outros princípios informadores da ação limitativa e interventiva do Estado, do seu poder de polícia. Falamos do princípio da razoabilidade, que na interpretação sistemática das normas constitucionais, legais e infralegais deve inspirar a ação do agente público, que na sua atividade funcional é o próprio Estado agindo, de acordo com a teoria da imputação, no Direito Administrativo.

Esclarece-se aqui que mesmo que tenhamos como certo que a palavra que gera o conceito “lei”, prevista na CF, art. 5º, inciso II, possa ser estendida às normas de cunho administrativo, é importante salientar que a propriedade – e as limitações ao seu uso – dependem de instrumentos legais dotados de, pelo menos, processo legislativo que, em tese, colocariam em debate quais e quantas serão as regras e limitações impostas ao uso dessa mesma propriedade.

Além disso, conforme se verifica na leitura da Constituição e do Código Civil, em seu art. 1228, a propriedade privada adquire – quando dotada de bem ambiental a ser preservado – caráter público, na medida em meio ambiente e sua preservação são obrigações de responsabilidade do Poder Público e da coletividade.

A partir desse entendimento, ligado ao princípio da reserva legal e das análises constitucional e civilista segundo as quais a propriedade privada tem interesse público, a contestação dos co-réus demonstrou em seu texto a preocupação em relação à ação proposta pelo Ministério Público e a liminar por ele pedida e concedida pela justiça estarem baseadas numa resolução do CONAMA, a de número 302. Tal resolução traz duas ilegalidades presentes: a primeira se refere ao fato de que a Constituição Federal reserva à lei tais limitações ao uso da propriedade; segundo que o CONAMA não tem competência para impor tais regramentos limitadores ao direito de propriedade.

Assim, a Resolução do CONAMA não é o meio normativo adequado para tratar tal matéria, já que a situação que se apresenta naqueles autos tem que, obrigatoriamente – por força do art. 225, III e do inciso II, do art. 5º, ambos da Constituição Federal –, ser tratada por intermédio de lei.

Portanto – e isso é de vital importância ao nosso estudo –, devemos verificar que o fato de as provas dos autos não terem sido avaliadas sob o crivo do contraditório criou no processo uma via de análise ligada a “questões de direito”, quando, em verdade, as questões de fato poderiam trazer novas perspectivas à decisão judicial, já que no momento em que os co-réus apresentaram seus quesitos, ainda na fase de instrução, para que fossem respondidos pelo perito chamado ao processo pelo Ministério Público, esse mesmo Ministério Público desiste da prova solicitada.

O embate, a partir daí, foi relegado à cobrança de honorários dos co-réus, já comentados supra, numa clara e óbvia demonstração, por parte do juiz, de que não haveria contraditório, e que, ao que parecia, a sentença já estava decidida e não poderia ter, no processo, conclusões que a desmentissem.

Trazemos, a título de esclarecimento, parte dos quesitos apresentados pelos co-réus e que ocasionaram a desistência da produção de prova por parte do Ministério Público. São eles:

1. Qual a área sob perícia?
2. Qual o perímetro e área do loteamento denominado Recanto dos Pássaros, registrado perante o Cartório de Registro de Imóveis de Jacareí, em 12 de dezembro de 1975, e no qual se inclui a propriedade dos co-réus?
3. Qual a finalidade da área, observando-se o tipo de ocupação existente no entorno da represa, e não apenas a propriedade dos co-réus? Qual seu uso atual?
4. A propriedade dos co-réus, que está incluída na área peritada, possui vizinhança com ocupação do solo?
5. A vizinhança da área sob perícia – tanto nas laterais quanto do lado oposto da represa – apresenta ocupação semelhante à da propriedade dos co-réus?
6. As propriedades vizinhas ocupam área no entorno da represa?
7. O que diz o perito a respeito da ocupação? Está estabilizada, consolidada?
8. A área pode ser considerada urbana? Justifique a resposta.

[...]

13. O sistema ambiental (ecossistema) da área peritada, relativamente aos níveis de utilização dos recursos ambientais, pode garantir sustentabilidade e a conservação de tais recursos e o respeito aos padrões de qualidade ambiental? De que forma?

14. Levando-se em consideração que o meio ambiente é composto de fatores sócio-econômicos, fatores abióticos e fatores bióticos; de um modo geral, pode o perito afirmar que a área apresenta condições ambientais favoráveis à convivência da ocupação antrópica de forma sustentável com a finalidade da área?

[...]

16. Qual a infra-estrutura existente no local (núcleo habitacional, telefonia, estrada, cooperativas etc.)?

[...]

18. Quais são os impactos ambientais esperados para a área do loteamento, onde está inserida a propriedade dos co-réus?

19. Quais são os impactos ecológicos para a área do loteamento, onde está inserida a propriedade dos co-réus, relativamente à saúde pública e a sustentabilidade dos ecossistemas naturais? [...]

Os quesitos dos co-réus foram apresentados e protocolizados no dia 4 de maio de 2007. No dia 2 de julho, a 7ª Promotoria de Justiça de Jacareí desiste da produção da prova pericial.

Pois bem, com a sentença de procedência do pedido, houve necessidade de interposição de embargos de declaração relativamente à sentença, principalmente porque o juiz, em momento algum, tocou na tese da defesa, aqui citada em parte, segundo a qual a Resolução do CONAMA não teria o condão de limitar o direito de propriedade. Porém, não é preciso dizer que o sentenciante desconsiderou os embargos pelos motivos já conhecidos pelos advogados que tentam fazer com que o juiz se posicione sobre os argumentos levantados em suas peças, mas omitidos nas sentenças, e que faz com que boa parte delas seja nula, já que deixa de lado os argumentos que devem ser obrigatoriamente avaliados como tese de defesa.

Tirante estes aspectos, o condomínio no qual está construída a casa dos co-réus está consolidado – muitas fotos foram juntadas nos autos do processo a demonstrar

essa situação –, com muitas de residências que ajudam a conservar a área, afastando o perigo de uma invasão, por exemplo.

Verificamos claramente, diante da negativa da tentativa de uma transação ambiental junto ao Ministério Público que, em nome de um legalismo extremado, fruto de uma visão distorcida do Estado, o órgão que deveria zelar pelos direitos difusos, expõe com seu rigorismo não estudioso uma postura ambientalmente nazista – no sentido de que ideologicamente a postura que defende é a correta –, expondo o bem difuso a riscos maiores como, por exemplo, uma ocupação clandestina com degradação maior para o meio ambiente, já que é rara a fiscalização em áreas onde não há ocupação humana.

Cumpre-nos enfatizar que a vulnerabilidade dos direitos individuais diante das ações judiciais propostas pelos legitimados para agir em nome da defesa da coisa pública em face do cidadão estão se afastando de um sistema integrado de análise normativa para cair num sistema integrado de gerenciamento de recursos.

Deve ser lembrado que a proteção dessas áreas (Áreas de Preservação Permanente – APP) é debatida por causa dos empreendimentos altamente impactantes, como a mineração, e não podem ser comparadas com outros tipos de ocupação, principalmente para áreas de lazer e recreio, que podem significar, em vez de degradação, uma forma de proteção do entorno de reservatórios, na medida em que impediriam uma ocupação desordenada e clandestina.

As Áreas de Preservação Permanente são definidas pelo Código Florestal como sendo certas áreas públicas, ou particulares, nas quais a supressão total ou parcial da vegetação natural só é permitida, mediante prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou de interesse social.

Os direitos de propriedade e do proprietário podem e devem ser limitados, mas jamais impedidos na sua totalidade, mesmo porque ações antrópicas como a dos coréus podem ser consideradas, repita-se, barreiras para invasões clandestinas.

Em verdade, e isso pode e deve ser discutido também sob um viés político. Há uma crônica anunciada na ação do Ministério Público: elimina-se um loteamento legal para, em seguida, sem qualquer tipo de fiscalização do poder público, a área ser invadida por população de baixa renda para que políticos, “tentem legalizar o loteamento” para busca de votos aos seus candidatos.

Não havia nem há degradadores ambientais naquela lide. Há proprietários legítimos, que pagam seus impostos, recolhem tributos ao Poder Público, e que querem moldar – mesmo que limitados pela lei – o exercício de seus direitos à preservação ambiental, na busca da discutida e presente sustentabilidade.

Os co-réus viram seu direito de propriedade violado diante da intransigência do Ministério Público e do formalismo ativista do juiz. Ambos esqueceram que a propriedade é um direito que consta do enunciado dos direitos individuais de todas as Constituições brasileiras e que não é um direito individual que exista para opor-se à sociedade. É um direito que se afirma na comunhão com a sociedade. O indivíduo não vive sem a sociedade, mas a sociedade também não se constitui sem o indivíduo.

Afirmar que a propriedade privada tem uma função social não é transformá-la em vítima da sociedade. Não podem ser dissociados os direitos dos proprietários dos direitos de propriedade, mormente no que concerne aos direitos de construir. Pretender separar esses direitos seria esvaziar o conteúdo dos mesmos, reduzindo o direito de propriedade a uma mera abstração ou a uma mentalização jurídica.⁵⁰⁷

As lições de Eros Roberto Grau são elucidativas no tocante ao caso sob análise: “O Estado autoritário, no entanto, inúmeras vezes se manifesta travestido de ‘Estado de Direito’. Sob a aparência de sujeição ao ‘domínio da lei’ atua um Estado que lança mão da *legalidade* como instrumento de opressão e opróbrio”.⁵⁰⁸

Pois bem, no dia em que o TJSP, por sua Câmara de Meio Ambiente, foi julgar o Recurso de Apelação dos co-réus para exarar seu acórdão, pudemos nos inscrever

⁵⁰⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 127.

⁵⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.169.

para a sustentação oral. O relator, Desembargador Renato Nalini, muito gentilmente nos encontrou antes da data para receber nossos memoriais. Informou que o voto estava pronto e que dificilmente mudaria de ideia, a não ser por algo novo que o fizesse alterar seu pensamento. Ponderamos pela necessidade de uma leitura de nossos memoriais e visualização das fotos recentes que foram juntadas à peça.

O acórdão – que se junta ao final, íntegro – possui as seguintes ementas:

VOTO Nº 15.696

APELAÇÃO CÍVEL Nº 938.849-5/7 - JACAREÍ

Apelantes: JOAQUIM QUEDAS RAPOSO e OUTRO

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL -

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E VULNERAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, ANTE A NÃO REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL E DA INSPEÇÃO JUDICIAL – INCONSISTÊNCIA – PRECLUSÃO DA PROVA PERICIAL PARA OS REQUERIDOS – DESNECESSIDADE DE INSPEÇÃO JUDICIAL E RENOVAÇÃO DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA ANTECEDIDA POR INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO APURADOR DE INFRAÇÃO AMBIENTAL – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO DO JUIZ - PRELIMINAR REPELIDA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL -

DEVASTAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE MARGEM DE REPRESA - FAIXA DE CEM METROS DE ACORDO COM O ART. 2º DO CÓDIGO FLORESTAL E ART. 3º DA RESOLUÇÃO CONAMA 302/02 LAUDOS DOS IBAMA, DEPRN E DO ASSISTENTE TÉCNICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DESFAVOR DOS PROPRIETÁRIOS APELANTES RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO INFRATOR EM REPARAR O DANO CAUSADO - INTELIGÊNCIA DO § 3º, DO ART. 225, DA CF, E DO § 1º, DO ART. 14, DA LEI FEDERAL Nº 6.938/81 – APELO DESPROVIDO

DIREITO AMBIENTAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA - LIMITES DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ENTORNO DE RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS - RESOLUÇÃO 302/02 DO CONAMA - COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO AMBIENTAL CONFERIDA PELOS ARTS. 6º, II, E 8º, VII, AMBOS DA LEI FEDERAL Nº 6.938/81 - PRECEDENTES DO STJ E DA CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE DO TJSP APELO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E ADEQUAÇÃO DO IMÓVEL, A

CONSAGRAR A EFETIVIDADE DA TUTELA AMBIENTAL E A VOCAÇÃO DA CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE DO TJSP.

A tutela ambiental foi enfatizada e fortalecida com o advento da Constituição de 1988 e disso decorre a adequação do papel do CONAMA ao regulamentar preceitos do Código Florestal, editado em 1965, muito antes da consciência ecológica absorvida pelo constituinte.

Pela leitura das ementas, que tem uma parte incongruente, pois o art. 2º do Código Florestal, letra *b*, considera que as Áreas de Preservação Permanente são aquelas que estão no entorno de lagos, lagoas, reservatórios, naturais ou artificiais sem, no entanto, impor metragem de área *non edificandi*. A metragem é estabelecida na Resolução CONAMA.

De qualquer maneira, o acórdão é uma ode ao meio ambiente, à sua preservação e desconsideração daqueles que impõem a ele degradação.

Porém, durante a sustentação oral – que foi precedida pela argumentação do Procurador de Justiça em não considerar absolutamente nada do recurso de apelação – foi oralmente exposto aos desembargadores da Câmara aquilo que a letra não tem: emoção, condicionantes quanto aos enfrentamentos cotidianos nos processos nas várias comarcas espalhadas pelo país e, mais que tudo, aquilo que o Ministério Público, em primeiro e segundo grau, e os juízes de primeiro e segundo grau consideravam preclusão de prova por falta de vontade dos co-réus, pode ser transformada numa vivência dura e das dificuldades de fazer com que os atores do processo vissem um interesse a ser satisfeito, sim, mas com vontades equilibradas entre as partes.

Foi possível na sustentação enumerar rapidamente o desconforto dos advogados e partes, fruto da falta do alimento que gera conhecimento e posicionamento crítico. Porém, filósofo e observador das atitudes humanas, o relator, Desembargador Nalini, ouviu atentamente o que foi dito, e sentindo-se também um pouco desconfortável com o que acabara de ouvir, decidiu que manteria seu voto, mas com uma observação ao final:

Por que o constituinte de 1988 se viu obrigado a destinar ao meio ambiente um tratamento tão singular? Foi alertado pela verdade científica de que a

continuidade do maltrato, a insensibilidade e a inconseqüência, conjugados com a ganância da sociedade de consumo, tornariam realidade próxima a ameaça remota de esgotamento dos recursos naturais.

A propósito, James Lovelock, o formulador da *hipótese Gaia*, alerta que o mundo está irremediavelmente comprometido pelo aquecimento global e que talvez não haja possibilidade de retorno²⁹. O que está em jogo não é apenas a *qualidade de vida*, senão a própria *sobrevivência* no Planeta. Quando da realização da Eco-92, o então Presidente Gorbatchev afirmou que a humanidade teria trinta anos para mudar seus hábitos de consumo. Senão, a Terra poderia continuar a existir, mas prescindiria da espécie humana para isso.

Nestes autos, fez-se justiça concreta e incumbe agora ao Poder Público zelar para que as determinações constantes da sentença venham a ser efetivamente atendidas.

Nada impede - tudo justifica - seja considerada pelos interessados a hipótese de realizar uma compensação ambiental, a se operar em uma área especialmente designada entre aquelas mais necessitadas da Municipalidade.

A iniciativa pode parecer irrita ao sistema, mas atende à urgência de multiplicação das áreas verdes no Estado de São Paulo, de longe um dos mais carentes de espaços dessa natureza destinados a contrabalancear os sempre crescentes índices de poluição.

Na espécie, o apelante poderia realizar esse procedimento, desde que com a proposta concorde o Ministério Público.

Apenas com o intuito de abrir essa oportunidade, e atento à vocação da Câmara Especial do Meio Ambiente pela melhor salvaguarda da natureza, independentemente de ritualismos estéreis que apenas contribuem para desacreditar ainda mais a Justiça, é que faço essa observação, que se estende à possibilidade de adequação do imóvel em discussão aos ditames legais.

Por estes fundamentos, rejeitada a matéria preliminar, nega-se provimento apelo, com observação. (grifamos a observação)

Num esforço final, é necessário que verifiquemos que as sustentações orais diante dos tribunais só serão possíveis se houver oportunidade de que aconteçam. Os filtros, como o da repercussão geral, poderão fazer com que se perca a oportunidade de demonstrar que, muitas vezes, o que não está nos autos pode ter sido impedido por posturas inquisitórias do juiz e do promotor.

Reforce-se que nas demandas coletivas, principalmente, e nas de consumidor, o papel do juiz assemelha-se, pelo poder que detém, ao do delegado que preside o inquérito. A produção da prova deve demonstrar que as questões de fato não podem se resumir a questões de direito. Essa redução ocasiona prejuízos às partes que vêm seus direitos individuais serem limitados sem legitimação.

O embate entre o direito individual e o coletivo não pode, nem deve, se resumir às bulas e aos procedimentos gerenciais de manutenção de um poder judiciário íntegro em sua estrutura, mas pobre no seu dever de dizer o direito por último.

Estamos vendo a diminuição da análise do embate individual/coletivo, em nome de uma sobreposição refratária do coletivo, sobreposição essa que tem seu manto protetor nos diversos casuísmos processuais impeditivos de um julgamento em primeira instância no qual estejam presentes o contraditório e a ampla defesa, e numa certa visualização de que as lides que versem sobre direitos individuais serão decididas nos tribunais regionais e estaduais, em última e, às vezes, única instância.

CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. Entendemos que a repercussão geral, introduzida no sistema jurídico brasileiro pela EC n. 45/2004, pode vir a interferir na divisão clássica de separação de poderes proposta por Montesquieu no Livro Décimo Primeiro, de sua obra *Do espírito das leis*, na medida em que ampliando os poderes do STF em dizer se em tal tema existe repercussão geral abre a possibilidade da normatização por parte desse órgão e cria um efeito sistêmico, previsto pelo próprio Supremo no seu Relatório de 2010, que prevê a colaboração dos outros tribunais, hoje atentos em seguir as decisões do STF em relação à existência de repercussão geral, para aplicar nas suas próprias decisões e procedimentos o posicionamento gerado pela Corte na análise do instituto. Isso, de acordo com o Relatório citado, traz a institucionalização da repercussão geral como “*gestão compartilhada*”, com a constante troca de informações para a prestação jurisdicional. Desse modo, as decisões em primeiro grau de jurisdição e as dos tribunais estaduais e regionais, terão um efeito de “aplicação de bulas” previamente elaboradas pelo STF, criando uma burocratização das decisões. Passaremos a ter decisões interlocutórias e sentenças repetitivas em lugar dos recursos repetitivos, com o agravante de que não será possível, pela dificuldade intrínseca do sistema, rever tais decisões e sentenças.
2. No sistema judiciário de um Estado Democrático de Direito – ainda em evolução, como no Brasil –, que privilegia os direitos individuais e coletivos em cláusula pétrea, a criação de institutos como o da repercussão geral, no intuito de diminuir a quantidade de processos, traz um evidente degrau que impossibilita o lesado de buscar, na plenitude, uma decisão. Em nome dessa redução no número de processos que chegam ao STF, via controle difuso, foram criadas situações que podem inviabilizar o acesso pleno à justiça, já que se cria um amplo sistema de filtro e procedimentos que fazem com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda àquela de um litígio entre partes.

3. O Poder Judiciário, excetuando-se o STF, está com uma falsa impressão de estar com os poderes ampliados pela judicialização e constitucionalização de variados temas, já que o ativismo judicial ocorre, em parte, porque o texto constitucional estabelece direitos que dificilmente serão efetivados. Porém, como consectário lógico da conclusão de nº 1, as decisões do STF quanto à repercussão geral assumem caráter vinculante, não dando oportunidade a juízes e desembargadores revisarem conceitos, aplicando o entendimento do Supremo. A autonomia dos outros tribunais, citada no Relatório de 2010 do STF, em verdade significa que as pendengas judiciais em que se discutam matérias de caráter intersubjetivo têm sua última palavra nesses tribunais, o que lhes dá a falsa impressão de autonomia. Mas tais tribunais se converterão em “carimbadores legais” das bulas do Supremo.
4. O STF usurpa de sua competência constitucional ao efetivar direitos fundamentais que estão expressos na Constituição, já que atua como legislador positivo em relação às normas constitucionais que materializam somente declarações e que não contêm eficácia e aplicabilidade imediata. Desse modo, a Suprema Corte buscando representar o sentimento de frustração constitucional da sociedade, em razão do distanciamento entre o mundo normativo e o mundo real, ao julgar o caso concreto acaba por praticar ativismo judicial.
5. A possibilidade de revisão do processo constitucional – referente à interpretação do conceito jurídico –, também como consectário do efeito sistêmico da repercussão geral, fica diminuída diante desse instituto, já que dificulta o acesso do recorrente à justiça, redundando na tendência da extinção do controle difuso de constitucionalidade e fortalecimento do controle concentrado. Desse modo, poderá ocorrer uma objetivação do processo, que termina por substituir a intersubjetividade original, modificando dessa forma a natureza do controle difuso e retirando o caráter subjetivo de proteção dos direitos fundamentais.
6. A repercussão geral poderá prejudicar a defesa em juízo dos direitos e garantias individuais, já que causa extrema dificuldade ao recorrente, ao exigir que ele demonstre, no recurso extraordinário, a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. A aplicação da repercussão geral – tanto nos casos em que o

Supremo entenda pela sua existência quanto nos que não – pode resultar no distanciamento do Estado de direito e na consequente transformação em Estado de mera legalidade, já que as orientações do STF serão utilizadas como modelo para todas as decisões dos tribunais do país.

7. A prevalecer o Relatório de 2010 do STF poderá haver um esvaziamento das funções do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a autonomia dos tribunais estaduais e regionais, aliada aos ditames impostos pela repercussão geral e pelas súmulas vinculantes farão com que não haja matéria para ser por ele avaliada.
8. A Suprema Corte deixará de ser a guardiã da Constituição na medida em que deixa de julgar os direitos fundamentais, já que a repercussão geral pode impedir que a ela chegue, via controle difuso, a análise desses direitos.
9. Nesse sentido, entendemos que para que o instituto da repercussão geral funcione de maneira mais objetiva e operacionalize as atividades da Suprema Corte é preciso que haja uma readequação de competência do STJ, dos tribunais regionais federais e dos tribunais estaduais, para salvaguardar os direitos individuais, já que esses tribunais passam a ser, em alguns casos, *ultima ratio* na defesa desses direitos discutidos em sede de controle difuso. Uma autonomia real, e não simplesmente formal desses tribunais, teria uma consequência menos deletéria dos efeitos sistêmicos das decisões relativas à existência ou não da repercussão geral.
10. Levando em consideração que as decisões *inter partes* do STF revisam conceitos constitucionais ou conceitos deles decorrentes, podemos afirmar, em princípio, que tais decisões obedecem a um dos critérios de revisão constitucional. Em verdade, a interpretação dos conceitos pela Corte reflete a própria defesa da Constituição, dando supremacia ou prevalência a seu texto diante do choque de direitos possivelmente lesados. Assim, e diante do que expusemos no capítulo “Análise crítica”, entendemos que a repercussão geral compromete o controle difuso de constitucionalidade e acarreta prejuízo ao direito individual, na medida em que pode, no momento da aferição de sua existência, impedir a discussão de um direito que poderia inclusive vir a ter uma decisão favorável, pelo fato de o recorrente não

conseguir demonstrar que a questão constitucional ali discutida vai além dos interesses subjetivos da causa.

11. Em que pese a dificuldade de o Poder Judiciário estabelecer um sistema próprio de solução ao represamento de pedidos que diariamente chegam aos tribunais, entendemos que as soluções que o desobriguem de sua nobre função republicana de defesa da democracia – interpretando, por último, o sentido das normas constitucionais que protegem direitos fundamentais diante de possíveis arbítrios – e da Constituição, podem fortalecer o Poder Executivo naquilo de mais temeroso para essa mesma democracia: a vontade constitucional ser a vontade do Governo em ações desmedidas de arbítrio. Ora, se o Judiciário auto-aplica remédio que possivelmente diminua sua interpretação via sistema difuso, abre ao administrador a possibilidade de ação auto-aplicável sem a *ratio* da correção jurisdicional.
12. O instituto da repercussão geral amplia os poderes do STF e acaba por ferir a separação de poderes, na medida em que essa ampliação ocorre em detrimento das competências constitucionais dos outros dois poderes do Estado; além, busca extinguir o controle difuso de constitucionalidade; e, principalmente, hierarquiza os direitos fundamentais, ferindo o núcleo de sua concepção, na medida em que deixa a cargo da Suprema Corte a aferição discricionária de qual direito individual tem prevalência em relação a outro, ferindo de morte a própria Constituição que não contempla – de forma rígida – essa hierarquização.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Bernardina Ferreira Furtado. Comentários aos artigos referentes à Ordem Social na Constituição Federal: 205 a 216 (educação e cultura); e 220 a 225 (comunicação social e meio ambiente). In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (Org.). FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.*. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 1132-1169 e 1180-1200.

_____. Desenvolvimento econômico e preservação ambiental: o papel das políticas públicas sustentáveis. In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio; CAPPELLI, Sílvia (Coords.). *Congresso Internacional de Direito Ambiental*. Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 73-92.

ABRÃO, Paulo de Tarso Siqueira; FURTADO, Bernardina Ferreira. Laboratório de Direito Ambiental. In: PHILLIPI JR., Arlindo; CAFFÉ ALVES, Alaôr (editores). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri, SP: Manole/USP, 2005, p. 899-911.

AHUMADA RUIZ, Marian. *Alternativas a la judicial review y variedades de judicial review*. Themis. -A. 6, n. 10, fev. 2005, p.41-65. Disponível em: < <http://www.stj.pt/docbweb/plinkres.asp?>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: *Revista do Advogado* (São Paulo), v. 28, p. 42-53, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de ;FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A comunicação social e a proteção da intimidade e da vida privada. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). *Os 20 anos da Constituição da república Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, v. , p. 1-35.

ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia: aparência e realidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. Elementos para o discurso jurídico. São Paulo: EDIPRO, 2000.

ALVIM, Arruda. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1998.

_____. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.) *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63-100.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Controle difuso da constitucionalidade. Efeitos concretos na sentença erga omnes. Análise em comparação com os efeitos da decisão proferida em ações diretas de controle da constitucionalidade. In: GOZZOLI, Maria Clara *et al* (Orgs.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 397-405.

ANDRÉS IBÁÑES, Perfecto. Veinticinco años de administración de justicia y Constitución. In: CAPELLA, Juan-Ramón. *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003.

- BARIONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.) *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 721-734.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas, SP: Millennium, 2007.
- BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 5.
- _____. Regras de experiência e conceitos indeterminados. In: *Revista Forense*, n. 261, jan.-mar. 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 59.
- _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2005, t. III.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 9 fev. 2011.
- _____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- _____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev. e atual. por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- _____. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Reimpressão fac-similar do Ministério da Justiça, 1997, p. 27-31.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 2. reimpressão. São Paulo-Brasília: Polis/UNB, 1991.
- _____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- _____.; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: VARELLA Marcelo Dias e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998
- BROSSARD, Paulo. A Constituição e as leis a ela anteriores. In: *Arquivos do Ministério da Justiça* 180: 125-148.
- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 153-165.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle liberta*. Milano: Giuffrè, 1974.
- _____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.
- _____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. In: *Revista de sociologia e política*. Curitiba, n.23, p.115-126, nov. 2004.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CHELI, Enzo; BARILE, Paolo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di diritto pubblico*. Torino: Cedam, 2005.
- CHOMSKY, Noam. *Segredos, mentiras e democracia*. Brasília: UnB, 1997.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.
- COLEMAN JR., William T. The Supreme Court of the United States: managing its caseload to achieve its constitutional purposes. *Fordham Law Review*, Oct. 1983.

- COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (Org.). FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.*. Barueri, SP: Manole, 2010.
- COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil interpretado e anotado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.* 2. ed. São Paulo: Manole, 2008.
- CUPANI, Alberto. *A crítica do positivismo e o futuro da filosofia.* Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1985.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Separação de Poderes e garantia de direitos. In: *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 10, n. 221, p. 39, mar. 2006.
- _____. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas históricas, dogmáticas e de direito comparado: questões processuais.* 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* 23. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- DEMO, Pedro. *Pesquisa e construção de conhecimento.* 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.
- DESCARTES, René. *O discurso do método.* Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Coords.). *Reforma do Judiciário.* São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. Transformações do recurso extraordinário. In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência.* Curitiba: Juruá, 2006.
- _____; CUNHA, José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil.* 3. ed. Salvador: Podium, 2007, v. 3.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: *Uma questão de princípio.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese.* 14. ed. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Weneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Tradução e prefácio de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.
- EPSTEIN, David. *Delegating powers: a transaction cost politics approach to policy making under separate.* Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 1999.
- FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel et droits de l'homme: rapports français au ii-congres mondial de l'association internationale de droit constitutionnel.* Paris: Economica, 1987.
- _____. *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux: actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence, 19-20 et 21 février 1981; sous la direction de Louis Favoreu; préface d'André Tunc; Otto Bachof... et al.* Paris; Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires, 1987.
- _____. *As cortes constitucionais.* Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *A inconstitucionalidade da lei municipal.* Curitiba: Juruá, 1991.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. In: *RPGE* 34, dez. 1990, p. 27-44.

_____. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Recife*, n. 11, p. 345-359, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). In: *Revista de Direito Administrativo* n. 220, p. 1-17.

_____. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política ou politização da justiça. In: *Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, nº 1, 1994, p. 21-41.

_____. *Do processo legislativo* 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Estado de direito e Constituição*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e o direito antitruste*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *A arguição de relevância: a repercussão geral das questões constitucional e federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. In: *Revista do Processo*, v. 119, p. 91-105, 2005.

_____. O recurso extraordinário e a repercussão geral da questão constitucional. In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 295-309.

GORDILHO, Pedro. Relevância da questão constitucional no recurso extraordinário. In: *Revista do Advogado*, n. 22, Nov. 1986.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional*. n. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Conceitos indeterminados*. Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. In: *Revista direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 4, p. 1-19, 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/154/131>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Estado de Direito e o Judiciário na Pós-modernidade. In: *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Fortaleza, v. 11/12, n. 1-2, jan./dez. 1993.

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: Fabris Editor, 1997.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.

IZAGA, Maria Cristina Gómez. Aspectos ideológicos de la interpretación constitucional: elementos a considerar en el momento de analizar las decisiones de la jurisdicción constitucional. In: *Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Políticas da Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, n. 101, UPB, 1999.

JAFFIN, George H. Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 38, v. 86, p. 279-292, abr. 1941.

KAUFFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992.

KAUFFMANN, Arthur. *Hermenêutica y derecho*. Granada: Comares Editorial, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *California Law Review*, oct. 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 8 fev. 2011.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*. São Paulo, n. 57, p.113-133, São Paulo, 2002.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. London: Duke University Press, 1997.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 743-760.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, interpretação de dados*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. In: *Revista de Informação Legislativa*, set. 1965.
- LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Ibrasa, 1963.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MACHIAVELLE, Niccolò. *O Príncipe*. Com as notas de Napoleão Bonaparte. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MALBERG, Raymond Carré. *Contribution à la Théorie Générale de L'État*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920. Tradução do Professor Sérgio Resende de Barros especialmente para uso de seus alunos, no segundo semestre de 2009, na disciplina A negação do Estado de direito pelo Estado de legalidade, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimidade para agir*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=330266> or doi:10.2139/ssrn.330266>. Acesso em: 28 jan. 2011.
- MARTÍN DE LAVEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério da transcendência no Recurso de Revista na Justiça do Trabalho – constitucionalidade da MP n. 2.226/01. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.) *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 373-389.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, t. II.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. Paris: Garnier Frères, 1973. In WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, 121-185.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOUSNIER, Roland. *História geral das civilizações*. Tradução de Pedro Moacyr Campos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973, t. IV.
- NELSON, William Edward. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *A lei, o poder e os regimes democráticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. As técnicas de interpretação: um novo caminho. In: *Revista Dignidade*, Ano I, n. 1, p. 199-230.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Ribeiro de. Mandado de injunção à luz da separação de Poderes. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/mandado-de-injuncao-a-luz-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 21 nov. 2010.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Orgs.). *Curso interdisciplinar de Direito Ambiental*. São Paulo: Manole/USP, 2005, p. 914-941.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- PINTO, José Guilherme Berman C. O writ of certiorari. In: *Revista Jurídica*, v. 9, n. 86, ago/set, 2007.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Repercussão geral na teoria dos recursos: juízo de admissibilidade. In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 251-258.
- ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional? In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Sínteses, ano 1, n. 3, jan./mar. 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981.
- SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P; FOLMANN, Melissa (Orgs.). *Constituição federal e Convenções Internacionais*. 17 ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. São Paulo: Renovar, 1992.

- SANTOS, Boaventura de Souza. Direito e Democracia: A Reforma Global da Justiça. In: José Manuel Pureza e António Casimiro Ferreira (Orgs.). *A teia global: movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, 2001, p. 125-177.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARTÓRIO, Élvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.) *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181-189.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas, SP: Edicamp, 2001.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2006.
- SCHUBERT, Glendon A. *Constitutional politics: the Political Behavior of Supreme Court Justices and the Constitutional Policies that they make*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1960.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SEGADO, Francisco Fernández. *La jurisdicción constitucional en España*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999.
- _____. La obsolencia de la bipolaridade tradicional (modelo americano — modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Sínteses, ano 1, n. 2, out./dez. 2003.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22. São Paulo: Cortez, 2002.
- SHAW, Malcom N. *International Law*. 4. ed. Cambridge: United Kingdom at the University Press, 1997.
- SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. rev. amp. e aumen. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros: 2010.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos Estados Unidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luís. *Súmula vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. *Direito Constitucional*. Braga: Cruz, 1979.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais: a administração pública no estado moderno: entre as exigências de liberdade e organização*. Coimbra: Almedina, 1995.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 jan. 2011.
- SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.
- _____; SHAPIRO, Martin. *Abstract and concrete review in the United States*. Disponível em:

<www.oxfordscholarship.com>. Acesso em: 28 jan. 2011.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Suprema Corte*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: University Press, 1995.

TAVARES, Andre Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, Andre Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 209-220.

TAYLOR, Matthew M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford University Press, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II.

THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

TROPER, Michel. *Pour une Théorie Juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

_____. La máquina Y la norma: dos modelos de Constitución. In: *Doxa*. Madrid, n. 22, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*. 2. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VEGA, Pedro de. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. In: *Estudios políticos constitucionales*. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.

VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e relatórios de pesquisa em Administração*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Questão de repercussão geral (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal) e a admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 30, 2005.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck Vianna et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. Varese: Giuffrè, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.) *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAGREBESLKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

02774177

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 938.849-5/7-00, da Comarca de JACAREÍ, em que é apelante JOAQUIM QUEDAS RAPOSO E OUTRA sendo apelado MINISTÉRIO PÚBLICO:

ACORDAM, em Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO, V.U. SUSTENTARAM ORALMENTE O DR. PAULO DE TARSO SIQUEIRA ABRÃO E O D.D. PROCURADOR DE JUSTIÇA, DR. DANIEL ROBERTO FINK.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REGINA CAPISTRANO e AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 26 de novembro de 2009.

RENATO NALINI
Presidente e Relator

I

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

VOTO Nº 15.696

APELAÇÃO CÍVEL Nº 938.849-5/7 – JACAREÍ

Apelantes: JOAQUIM QUEDAS RAPOSO e OUTRO

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL –
PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE
DEFESA E VULNERAÇÃO DO
CONTRADITÓRIO, ANTE A NÃO
REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL E DA
INSPEÇÃO JUDICIAL – INCONSISTÊNCIA
– PRECLUSÃO DA PROVA PERICIAL PARA
OS REQUERIDOS – DESNECESSIDADE
DE INSPEÇÃO JUDICIAL E RENOVAÇÃO
DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – AÇÃO
CIVIL PÚBLICA ANTECEDIDA POR
INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO APURADOR
DE INFRAÇÃO AMBIENTAL – INCIDÊNCIA
DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO DO
JUIZ – PRELIMINAR REPELIDA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL –
DEVASTAÇÃO DE ÁREA DE
PRESERVAÇÃO PERMANENTE –
MARGEM DE REPRESA – FAIXA DE CEM
METROS DE ACORDO COM O ART. 2º DO
CÓDIGO FLORESTAL E ART. 3º DA
RESOLUÇÃO CONAMA 302/02 –
LAUDOS DOS IBAMA, DEPRN E DO
ASSISTENTE TÉCNICO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO EM DESFAVOR DOS
PROPRIETÁRIOS APELANTES –
RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO
INFRATOR EM REPARAR O DANO
CAUSADO – INTELIGÊNCIA DO § 3º, DO
ART. 225, DA CF, E DO § 1º, DO ART. 14,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
 CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

DA LEI FEDERAL Nº 6.938/81 – APELO
 DESPROVIDO

DIREITO AMBIENTAL – COMPETÊNCIA
 NORMATIVA – LIMITES DA ÁREA DE
 PRESERVAÇÃO PERMANENTE ENTORNO
 DE RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS –
 RESOLUÇÃO 302/02 DO CONAMA –
 COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO AMBIENTAL
 CONFERIDA PELOS ARTS. 6º, II, E 8º, VII,
 AMBOS DA LEI FEDERAL Nº 6.938/81 –
 PRECEDENTES DO STJ E DA CÂMARA
 ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE DO TJSP
 – APELO DESPROVIDO, COM
 OBSERVAÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE
 COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E
 ADEQUAÇÃO DO IMÓVEL, A
 CONSAGRAR A EFETIVIDADE DA
 TUTELA AMBIENTAL E A VOCAÇÃO DA
 CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE
 DO TJSP

A tutela ambiental foi enfatizada e fortalecida com o advento da Constituição de 1988 e disso decorre a adequação do papel do CONAMA ao regulamentar preceitos do Código Florestal, editado em 1965, muito antes da consciência ecológica absorvida pelo constituinte.

Vistos etc.

A sentença¹ do Juiz MARCELO DE MORAES SABBAG julgou parcialmente procedente a ação civil pública ambiental promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra JOAQUIM QUEDAS RAPOSO, sua esposa ELZA TEREZINHA DE LIMA QUEDAS RAPOSO, e a

¹ Fls 519/527 dos autos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

MUNICIPALIDADE DE JACAREÍ, para condenar os réus, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, a:

a) obrigação de não fazer, consistente na abstenção de: (1) dar continuidade às obras existentes no local descrito na petição inicial; (2) iniciar qualquer tipo de construção com intervenção na área de proteção ambiental e de preservação permanente; (3) realizar quaisquer intervenções ou atividades danosas ainda que em caráter parcial inserido em APA e APP; (4) conceder qualquer tipo de licença ou autorização para intervenção no lote constante de APA e APP;

b) obrigação de fazer, consistente: (1) na demolição da edificação existente em APP e APA, a qual está impedindo a regeneração natural da vegetação; (2) na retirada de quaisquer entulhos derivados da obra e/ou demolição e destiná-los a aterro devidamente licenciado pela CETESB; (3) em restaurar o estado primitivo do imóvel, realizando todas as obras para a reparação dos danos ambientais, notadamente a restauração da vegetação de todo o local atingido, com respeito à biodiversidade local; e (4) preservar o estado primitivo do imóvel restaurado, restando proibidas quaisquer intervenções e/ou construções no local.

Embargos Declaratórios² opostos por JOAQUIM QUEDAS RAPOSO e sua esposa foram rejeitados pelo Juízo³.

Ainda irresignados, apelam⁴ os embargantes, a sustentar: a) a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e vulneração do contraditório, ante a não realização da prova pericial e da inspeção judicial; b) que a Resolução CONAMA nº 302/02 ofende o princípio da reserva legal, e por isso não poderia ser utilizada como

² Fls. 534/537 dos autos

³ Fls. 539 dos autos

⁴ Fls. 542/563 dos autos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
 CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

fundamento para o julgado; c) a existência de outras construções no local, a comprovar a tese de que o condomínio está consolidado. Pugnam pela nulidade da sentença ou, subsidiariamente, pela improcedência do pedido.

Contra-razões⁵ do autor e parecer⁶ da Ilustrada PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA no sentido do desprovimento do apelo.

É uma síntese do necessário.

Alega o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO que JOAQUIM QUEDAS RAPOSO, e sua esposa ELZA TEREZINHA DE LIMA QUEDAS RAPOSO, são proprietários de um lote do terreno da quadra "G", número 7-A, do loteamento Recanto dos Pássaros, no Município de Jacareí, matriculado sob o nº 26.615 junto ao Registro de Imóveis local.

Referido lote encontra-se inserido na Área de Proteção Ambiental de Mananciais do Vale do Paraíba, instituída pelo Decreto nº 87.561, de 13 de setembro de 1982), e em Área de Preservação Permanente, conforme proclama o Código Florestal⁷ e a Resolução CONAMA 302/02⁸.

⁵ Fls. 585/589 dos autos

⁶ Fls. 594/614 dos autos

⁷ " Art 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:(..)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;"

⁸ Estabelece em 100 metros a largura de APP entorno dos reservatórios artificiais situados em áreas rurais, como é o caso do imóvel em questão (pela análise do laudo do IBAMA de fls. 59/60 percebe-se que o local não está localizado em área urbana, pois não tem 'densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km2')

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
 CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

Nada obstante, e à margem da legislação protetiva, teriam os proprietários, com licença da MUNICIPALIDADE DE JACAREÍ, mas sem qualquer autorização dos órgãos ambientais, iniciado construções no imóvel, em desrespeito às mencionadas APA e a APP.

Como as condutas causassem danos ao meio ambiente local, ajuizou o *parquet* a presente ação civil pública, para que os requeridos fossem condenados a demolição das construções existentes e restauração das primitivas condições da área, nos termos dos artigos 1º, III, 3º, 5º, XXIII, 170, III e VI, 186, II, 225, *caput* e §§ 1º e 3º, todos da Constituição Federal; da Lei nº 9985/00; do artigo 6º, § 1º, “b”, “c” e “d” do Decreto nº 87.561/82; do artigo 2º, “b”, da Lei nº 4.771/65; dos artigos 2º, I, II, V, 3º, I, ambos da Resolução CONAMA 302/02; dos artigos

Art 2º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Reservatório artificial: acumulação não natural de água destinada a quaisquer de seus múltiplos usos,

II - Área de Preservação Permanente: a área marginal ao redor do reservatório artificial e suas ilhas, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas;

(.)

V - Área Urbana Consolidada: aquela que atende aos seguintes critérios:

a) definição legal pelo poder público;

b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana:

- 1 malha viária com canalização de águas pluviais,
2. rede de abastecimento de água;
3. rede de esgoto;
- 4 distribuição de energia elétrica e iluminação pública,
- 5 recolhimento de resíduos sólidos urbanos;
- 6 tratamento de resíduos sólidos urbanos, e

c) densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km²

Art 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;”

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

2º, IV, IX, 3º, III, 14, § 1º, todos da Lei nº 6.938/81; e dos artigos 166, 167, 170 e 172 todos da Lei Orgânica do Município de Jacareí.

A ação foi julgada parcialmente procedente e contra ela se irressignaram os proprietários.

Sem razão, contudo.

Em primeiro lugar, não há se falar em cerceamento de defesa ou vulneração do contraditório.

A perícia foi pleiteada unicamente pelo MINISTÉRIO PÚBLICO. Sobre vindo pedido de desistência⁹, que restou homologado pelo Juízo, foram os réus intimados *“para se manifestarem em 05 (cinco) dias sucessivos, no sentido da insistência ou não da prova pericial”*¹⁰.

Ora, decorrido *in albis* o derradeiro prazo¹¹ para que os apelantes expressassem interesse na realização da perícia, uma vez que nada formularam a esse respeito na contestação¹², outra não poderia ser a conduta do magistrado senão declarar a preclusão da prova e declarar encerrada a instrução¹³.

Os réus tiveram diversas oportunidades para requerer a dilação probatória nas condições que entendessem pertinentes. Poderiam até ter agravado de instrumento do despacho que condicionou a realização da perícia ao adiantamento de honorários do experto. Mas preferiram o silêncio e, por isso, não podem alegar vulneração da ampla defesa ou contraditório.

Não seria lícito, por outro lado, exigir do magistrado a realização de inspeção, inexistente motivo ponderável para tanto. Não se desconhece que a ação

⁹ Fls. 442/447 dos autos

¹⁰ Fls. 453/454 dos autos

¹¹ Fls. 457 dos autos

¹² Fls. 198/219 dos autos

¹³ Fls. 458 dos autos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

civil pública é antecedida de minucioso inquérito civil. Nele as provas escancaradas foram mais do que suficientes para a formação do convencimento judicial. O sistema judiciário brasileiro adotou o princípio da sadia convicção. É a vontade judicial a que prevalece e para isso existe a motivação explícita. Mediante o desenvolvimento do raciocínio do juiz qualquer interessado pode acompanhar o processo de formação do convencimento e alinhar a sua argumentação com vistas à alteração de suas linhas persuasivas.

No mérito, melhor sorte não assiste aos apelantes.

A documentação juntada ao Inquérito Civil é contundente, pois bem demonstra o dano ambiental e responsabilidade dos réus por sua ocorrência:

I) Auto de Infração Ambiental SÉRIE A nº 154146 foi lavrado pela Polícia Ambiental, aos 23.01.2004, por terem os proprietários realizado *“obra de terraplenagem com movimentação de terra em volume superior a 100 m³ na área de proteção ambiental da bacia hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, sem licença ambiental exigível, em desobediência ao que estabelece o art. 9º da Lei Federal nº 6.902/91”*; a obra foi embargada, e os autuados multados em R\$ 3.676,22¹⁴;

II) Vistoria realizada pelo IBAMA, em 05.05.2004, constatou que (a) as construções (casa e rampa de barco) estão inseridas em área de preservação permanente, *“uma vez que a edificação cuja obra está em andamento situa-se a aproximadamente 10 metros da represa (resolução CONAMA 302/02, art. 3º, inciso I)”*; (b) o loteamento inteiro está situado dentro da APA do Vale do

¹⁴ Fls 46 dos autos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

Paraíba; (c) a edificação não foi precedida de autorização, pois *“Nesta unidade do IBAMA – E.R. de Caraguatatuba – não foi dada entrada de nenhum pedido de licenciamento referente à área em questão”*; (d) houve impacto negativo no meio físico, decorrente da *“movimentação de solo, o que por sua vez altera o regime de escoamento de águas pluviais e subterrâneas”*; (e) a obra impediu e dificultou a regeneração da vegetação nativa; (f) é possível a recuperação da área, *“através da demolição, retirada do entulho e de execução de um projeto de recuperação de área degradada – plantio de espécies nativas”*¹⁵;

III) Vistoria realizada por engenheiro agrônomo do Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais–DEPRN, aos 12.08.2004, confirmou as conclusões do IBAMA, asseverando ainda que, para a construção da casa e rampa de barco existentes no local, *“houve intervenção em vegetação secundária em estágio pioneiro de regeneração, conforme estabelece a Resolução CONAMA nº 001/94”*, fato que acarretou danos ao meio ambiente, pois *“a retirada da cobertura vegetal causa grandes impactos ao solo, provocando problemas de erosão, depauperamento. A principal perda é a da camada fértil do solo, onde se concentram valores mais altos de matéria orgânica, fauna do solo e nutrientes.....aumenta o volume e velocidade da água pluvial...alterando a qualidade da água, causando turbidez, afetando sua composição química e concomitantemente a cadeia de vida aquática....sujeitando a área a ocupação por plantas invasoras”*¹⁶;

¹⁵ Fls. 59/60 dos autos

¹⁶ Fls 78/81 dos autos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

IV) Material fotográfico juntado pelo DEPRN dá uma nítida visão do quão próximos da represa estão a casa e rampa de barco construídos no imóvel¹⁷;

V) Parecer do assistente técnico do Ministério Público, expedido em 18.07.2005, utilizou-se de imagens de satélite, aerofotos, dados vetoriais da área e imagens raster das cartas do IGC, do ATLAS da SMA e das plantas do loteamento, concluindo que o Lote '7A' e Quadra 'G' – Rua das Cotovias nº 910, do loteamento Recanto dos Pássaros, está inserido **integralmente** em área de preservação permanente, pois localizado dentro da faixa de 100 metros entorno da represa¹⁸.

Dúvidas inexistem de que o empreendimento está inteiramente inserido na Área de Proteção Ambiental de Mananciais do Vale do Paraíba, criada pelo Decreto 87.561, de 13.9.1982, e em Área de Preservação Permanente, a teor do que dispõem o artigo 2º, alínea “b”, da Lei 4.771/65, e o artigo 3º, inciso I, da Resolução CONAMA nº 302/02.

Os proprietários realizaram movimentação do solo, alterando o regime de escoamento de águas pluviais e subterrâneas. Ao erguerem uma edificação no local, suprimiram vegetação nativa em área considerada de preservação permanente; dificultaram a regeneração natural da área desmatada; e alteram a dinâmica de vazão de drenagem e a qualidade da água, tudo sem qualquer autorização do IBAMA ou do DEPRN.

Atentaram contra o primeiro direito intergeracional previsto na ordem fundante, que assegura não só às presentes, mas também às futuras gerações, o

¹⁷ Fls. 82 dos autos

¹⁸ Fls. 124/140 dos autos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

*“direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”*¹⁹. Por isso, devem ser responsabilizados a reparar os danos causados, nos estritos termos do § 3º, do artigo 225, da Constituição Federal²⁰, e do § 1º, do artigo 14, da Lei Federal nº 6.938/81²¹.

E a MUNICIPALIDADE DE JACAREÍ, por sua vez, concorreu para atuação dos proprietários. Concedeu uma licença urbanística ilegal para a construção, ao arrepio da legislação ambiental, e também deixou de atuar no sentido de impedir a degradação de área protegida. De rigor sua responsabilização solidária.

Saliente-se que o ordenamento consagrou a responsabilidade objetiva daqueles que, direta ou indiretamente, causaram danos ao meio ambiente. O dever de reparar os prejuízos ao ecossistema independe da prova de culpa do agente, bastando a demonstração da existência do dano e do nexo causal entre ele a atividade exercida, elementos que restaram perfeitamente delineados nesses autos.

A partir de 1988, o meio ambiente foi convertido a bem de uso comum de todos, essencial à sadia qualidade de vida. Ainda que o empreendimento tenha sido regularizado nos idos de 1975, treze anos antes da Constituição, seis anos antes da Lei de Política Ambiental, não se confere aos titulares dominiais direito

¹⁹ Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal

²⁰ Artigo 225, § 3º - “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

²¹ Artigo 14, § 1º - “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

de devastar a propriedade. Saliente-se que a licença urbanística “*para construção de uma residência unifamiliar*” foi concedida pela Municipalidade aos 13.03.2001²², quando já em vigor todo ordenamento ambiental mencionado.

O direito de propriedade já não é aquele direito absoluto, a todos oponível, consistente em permitir ao seu titular a fruição, o gozo e até a destruição do bem.

Sobre ele propriedade recai uma hipoteca social em favor não apenas dos seres humanos já nascidos, mas até dos nascituros. Ou seja, os viventes são titulares do meio ambiente, mas há uma legião de titulares ainda não nascidos, mas igualmente merecedores de consideração e de respeito. As gerações do porvir têm sua existência condicionada aos cuidados que forem hoje devotados ao tema.

Qual a função social da propriedade rural? O constituinte deixou claro, desde 1988, que a função social só é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, a vários requisitos. Dentre eles, o aproveitamento racional e adequado e a utilização adequada – a duplicidade do qualificativo é do próprio texto fundante – dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente²³. E isso significa a impossibilidade de se conferir a um imóvel uma destinação lesiva ao interesse comum.

Da mesma forma, relativizou-se o tripé sobre que se assentou o positivismo, a saber – *direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*.

Já não se discute inexistir *direito adquirido a poluir*. Ou seja: diante de normas de interesse coletivo – a Lei 4.771/65 e a Resolução CONAMA nº 302/02 – cessa

²² Fls. 57 dos autos

²³ Artigo 186, incisos I e II da Constituição Federal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

a viabilidade de se invocar direito adquirido ou alegar que a situação se encontra consolidada. Reitere-se: a construção iniciou-se quando já em vigor todo ordenamento ambiental mencionado.

E nem há se alegar que a Resolução CONAMA 302/02, ao disciplinar os padrões de distância para preservação no entorno de reservatórios artificiais, ultrapassou os limites de sua competência.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade da regulamentação efetivada pelo CONAMA. O voto do Ministro FRANCIULLI NETO é eloqüente a respeito:

“Possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanentes existentes às margens dos lagos formados por hidrelétricas. Consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas as normas estaduais e municipais, nos termos do artigo 24, §§ 1º e 2º, da Lei 6.938/81. Uma vez concedida a autorização em desobediência às determinações legais, tal ato é passível de anulação pelo Judiciário e pela própria Administração Pública, porque dele não se originam direitos”²⁴.

O CONAMA nada mais fez do que exercer competência que lhe é atribuída pelos artigos 6º, inciso II, e 8º, inciso VII, ambos da Lei nº 6.938/81²⁵. Incumbe-

²⁴ REsp 194 617/PR, j. 10.4.2002, publicação 17 2002, p. 278, RSTJ v. 168/182

²⁵ “Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

lhe, sim, proceder a ordenamento compatível com a ordem constitucional que enfatizou a tutela do ambiente e o converteu em discutível bem de uso comum de todos, essencial à sadia qualidade de vida. Daí a adequação da Resolução 302, de 20 de março de 2002.

Nesse sentido, também já decidiu esta Câmara Especial do Meio Ambiente:

“MANDADO DE SEGURANÇA – Multa ambiental – Edificação com 30m de distância da represa, referente à área de preservação permanente – Sentença procedente – Exigência por parte da Resolução CONAMA 302/02 de 100m de distância – Competência municipal fica vinculada e limitada às disposições das normas federais, inclusive Resoluções do CONAMA, que são atos administrativos editados com base em lei – Mesmo à luz das normas vigentes, o CONAMA continua investido de competência para editar normas, tendo como limite a lei e a Constituição – Não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na deliberação da distância de 100 metros, que deve ser

constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

II - órgão consultivo e deliberativo, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

Art 8º Compete ao CONAMA. (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos ”

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

considerada área ecológica, pois editada à luz da Emenda Constitucional 1/69 e em consonância com a competência que era outorgada por lei, não podendo os Municípios, ainda que em área urbana, dispor de forma diferente – A Resolução 302/02 apenas reforçou o que já havia sido deliberado na 04/85 e o fez considerando a necessidade de regulamentar o art. 2º do Código Florestal no que concerne às áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais e responsabilidades assumidas pelo Brasil nas Convenções da Biodiversidade, Ramsar e Washington, e nos compromissos derivados da Declaração do Rio de Janeiro – Resolução que trata expressamente de proteção aos recursos hídricos, que não estão sujeitos ao princípio da reserva legal, não existindo nenhuma inconstitucionalidade – Suas cautelas não podem ser vistas como uma violação ao direito de propriedade, que não se sobrepõe ao interesse público que emana do meio ambiente e nem restrição à competência legislativa municipal – Recursos providos, segurança denegada.”²⁶

O intuito do legislador é de meridiana clareza. Objetiva-se a proteção da vegetação para que indiretamente se protejam os reservatórios d'água de processos de contaminação ou erosão. O problema da água é dos mais graves deste século. Aliás, a água é o petróleo do século XXI. E o Brasil, que já foi considerado fonte inesgotável desse recurso, vê-se aos poucos mais próximo às áreas desertificadas ou de águas poluídas, origem de epidemias, fome e debilitação do povo.

²⁶ Apelação Cível nº 666.231-5/0-00, Rel. Desembargador SAMUEL JUNIOR, j 13.11 2008, v.u.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

É verdade que o Brasil nunca se interessou de maneira séria e consistente pelo seu maior patrimônio – a natureza. Submeteu-se, desde a colonização lusa, a um cruel sistema de exploração destrutiva. Primeiro a Mata Atlântica, derrubada para remessa do pau-brasil à metrópole, depois para alimentar as caldeiras dos engenhos. A devastação desertificou o litoral e avançou pelo interior, fenômeno que explica as secas do Nordeste.

O ritmo dendroclasta prossegue, conforme noticia a imprensa internacional, após constatar o que ocorre com a Floresta Amazônica, última grande mata nativa tropical do planeta. Hoje, pese embora a negativa oficial, as fotos dos satélites não escondem o destino melancólico da última *rain forest* do mundo.

Foi por isso que o constituinte de 1988, num assomo de lucidez, conferiu tratamento diferencial e significativo ao meio ambiente. Ao convertê-lo em *“bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”*²⁷, alterou a tosca e insuficiente concepção ecológica do Estado brasileiro. Este se vê obrigado a exercer *“o dever de defendê-lo e preservá-lo”*²⁸ – defender e preservar o meio ambiente, mas não o fará só. Incumbiu desse dever a própria coletividade, integrada pelo povo e pelas sociedades particulares, às quais o Estado deve assegurar condições de criação, funcionamento e subsistência.

Por que o constituinte de 1988 se viu obrigado a destinar ao meio ambiente um tratamento tão singular? Foi alertado pela verdade científica de que a continuidade do maltrato, a insensibilidade e a inconseqüência, conjugados com a ganância da sociedade de consumo,

²⁷ Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal

²⁸ Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

tornariam realidade próxima a ameaça remota de esgotamento dos recursos naturais.

A propósito, James Lovelock, o formulador da *hipótese Gaia*, alerta que o mundo está irremediavelmente comprometido pelo aquecimento global e que talvez não haja possibilidade de retorno²⁹.

O que está em jogo não é apenas a *qualidade de vida*, senão a própria *sobrevivência* no Planeta. Quando da realização da Eco-92, o então Presidente Gorbatchev afirmou que a humanidade teria trinta anos para mudar seus hábitos de consumo. Senão, a Terra poderia continuar a existir, mas prescindiria da espécie humana para isso.

Nestes autos, fez-se justiça concreta e incumbe agora ao Poder Público zelar para que as determinações constantes da sentença venham a ser efetivamente atendidas.

Nada impede – tudo justifica – seja considerada pelos interessados a hipótese de realizar uma compensação ambiental, a se operar em uma área especialmente designada entre aquelas mais necessitadas da Municipalidade.

A iniciativa pode parecer irrita ao sistema, mas atende à urgência de multiplicação das áreas verdes no Estado de São Paulo, de longe um dos mais carentes de espaços dessa natureza destinados a contrabalancear os sempre crescentes índices de poluição.

Na espécie, o apelante poderia realizar esse procedimento, desde que com a proposta concorde o Ministério Público.

Apenas com o intuito de abrir essa oportunidade, e atento à vocação da Câmara Especial do Meio Ambiente pela melhor salvaguarda da natureza,

²⁹ “VEJA” de 23.10.2006

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
CÂMARA ESPECIAL DO MEIO AMBIENTE

independentemente de ritualismos estéreis que apenas contribuem para desacreditar ainda mais a Justiça, é que faço essa observação, que se estende à possibilidade de adequação do imóvel em discussão aos ditames legais.

Por estes fundamentos, rejeitada a matéria preliminar, nega-se provimento ao apelo, com observação.

RENATO NALINI
Relator