

PROCESSO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

DUE PROCESS OF LAW AND JUDICIAL REVIEW

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR¹

RESUMO

O presente artigo inicia-se com a análise dos fundamentos e objetivos do Processo Constitucional, especialmente em seu entrelaçamento com a efetivação dos direitos fundamentais. Em seguida, investigamos as relações entre o Processo Constitucional e a jurisdição constitucional, ressaltando a maior amplitude do primeiro e a subordinação da segunda a seus propósitos gerais. Passaremos então a problematizar a jurisdição constitucional no Brasil, especialmente à luz do fortalecimento do modo abstrato de controle repressivo, bem como os desvios que tal centralização tem significado. Por fim, discutiremos a adoção de institutos do *stare decisis* num sistema de tradição romano-germânica, destacando que, para ser salutar, contribuições como essa devem ser paulatinas e aprofundadas.

Palavras-chave: Processo Constitucional. Jurisdição constitucional difusa. Controle repressivo de constitucionalidade, concreto e abstrato. Supremo Tribunal Federal e cortes constitucionais. Centralização da jurisdição constitucional. Precedentes na tradição romano-germânica.

ABSTRACT

This article begins with the análise of the foundations and objectives of the Constitutional Process, especially in its intertwining with the realization of fundamental rights. Next, we investigate the relations between the Constitutional Process and constitutional jurisdiction, emphasizing the greater breadth of the first and the subordination of the second to its general purposes. We will then problematize the constitutional jurisdiction in Brazil, especially in light of the strengthening of the abstract mode of repressive control, as well as the deviations that such centralization has meaning. Finally, we will discuss the adoption of institutes of the decision-making stare in a system of Roman-Germanic tradition, highlighting that, to be wholesome, contributions like this must be paulatine and in-depth.

Keywords: *Due Process of law. Judicial Review. Repressive control of constitutionality, concrete and abstract. Supreme Court and constitutional courts. Centralization of constitutional jurisdiction. Precedents in roman-germanic tradition.*

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1993) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998). Realizou estudos de pós-doutorado na Harvard Law School (1999). Professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente, direito, constituição, cidadania e dano. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/1367580334173100>.

1. INTRODUÇÃO

Os debates sobre a jurisdição constitucional no Brasil ganharam inédita intensidade após a Constituição de 1988. O efeito era esperado, posto que o novo texto ampliou significativamente a legitimação extraordinária para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim o catálogo de ações constitucionais, além de instituir a inconstitucionalidade por omissão, sendo ainda importante mencionar a jurisdição constitucional abstrata de instituição obrigatória em todos os tribunais de justiça do país, no que concerne às constituições estaduais.

Além do texto original da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional adveio também de normas posteriores, especialmente da Emenda Constitucional n. 3/93 e das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99.

Devemos ainda considerar o arrojamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de jurisdição constitucional, quando aplicou institutos não previstos em nossa normativa processual, e estendeu outros a situações não estabelecidas nas hipóteses constitucionais ou legais.

Como resultado da dilatação da jurisdição constitucional, o tema se tornou um dos principais focos de debates e controvérsias, não só no pretório excelso, mas também nos demais tribunais e nas instituições acadêmicas.

As técnicas de controle, ou os métodos da jurisdição constitucional, têm sido objeto de inúmeras pesquisas doutrinárias e aplicações jurisprudenciais, resultando na redução do fórum de compreensão da atividade jurisdicional-constitucional a escassos iniciados, distanciando-se, destarte, de um público diverso e conseqüentemente mais representativo.

Por outro lado, a finalidade última da jurisdição constitucional, a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, foi recuada para um plano mais e mais esfumado; os direitos fundamentais sempre estarão lá, como pano de fundo da jurisdição constitucional, todavia, perdendo dia a dia a centralidade das reflexões.

O presente trabalho tem por finalidade analisar os fundamentos do processo constitucional, conceito dentro do qual acomoda-se a jurisdição constitucional, e tem o objetivo de acentuar a importância de tomá-lo como o arcabouço conceitual da jurisdição constitucional, de modo a reduzir o papel das técnicas e métodos, condicionando-os ao propósito de assegurar o exercício dos direitos e garantias consagrados no texto, ou que dispensam previsão lavrada.

O processo constitucional procura não obscurecer este propósito mais ambicioso, que se eleva além das idiosincrasias metodológicas das autoridades responsáveis por decidir sobre a aplicação das normas constitucionais, e almeja penetrar as camadas mais profundas da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Para a consecução desse escopo, inicialmente vamos compreender a essência do processo constitucional, e em seguida refletir sobre seu entrelaçamento com os direitos fundamentais. Prossequindo, vamos analisar o crescimento e enrijecimento da jurisdição constitucional no país, suas origens e fundamentos, para posteriormente apontar aspectos institucionais e metodológicos voltados para o aprimoramento desta jurisdição no país.

2. O PROCESSO CONSTITUCIONAL MODERNO

José Alfredo de Oliveira Baracho identifica a origem do Processo Constitucional moderno nos diversos procedimentos aceitos para a declaração de inconstitucionalidade das leis (BARACHO, 1984).

Efetivamente, ao analisar a decisão no caso paradigma *Marbury v. Madison*, constatamos que esta inseriu o *due process of law* no julgamento da compatibilidade das leis com a Constituição, conseqüentemente trazendo também para a apreciação judicial de matéria constitucional a observância do juízo natural, do contraditório e da ampla defesa.

O constitucionalismo francês já testemunhava então diversas formas de violações constitucionais e dos direitos humanos², que encontravam resistência somente na seara política (BARACHO, 1984, p. 246).

Ademais, no processo de elaboração legislativa, quando a oposição a projetos de lei poderia fundamentar-se em objeções constitucionais, a solução proferida pelo Poder Legislativo raramente fundamentava-se na doutrina constitucional, privilegiando a resultante das forças políticas antagônicas.

A par das disputas políticas características da sucessão do presidente John Adams, a assunção pela Suprema Corte americana da jurisdição constitucional limita o alcance dos embates políticos na determinação da interpretação da Constituição e do conteúdo das leis e demais atos normativos, possibilitando, como acentuado por John Marshall, a função daquela Corte (e do Judiciário de forma geral) como instância de proteção das minorias, particularmente diante das eventuais ameaças advindas dos Poderes políticos (Executivo e Legislativo), onde, ressalvadas escassas exceções (v.g. comissões de inquérito), as deliberações são adotadas pelo critério majoritário.

Esses pilares semearam o Processo Constitucional, que surge

[...] como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional. É preciso que o remédio possa ser concebido e delineado em um enquadramento instrumental que o aceite como princípio geral (BARACHO, 1984, p. 347).

A magnitude conquistada pelo Processo Constitucional, especialmente no século XX, fez necessária a sistematização de seus institutos, com vistas à estruturação e efetivação.

O principal objetivo do Processo Constitucional é resguardar a supremacia da Constituição, escopo perseguido por vários caminhos, dentre os quais devemos destacar os princípios processuais constitucionais expostos por Fernandez Segado: a) princípio da publicidade; b) princípio da oralidade, c) princípio da motivação da sentença; d) princípio da gratuidade da justiça (FERNANDEZ SEGADO, 1992).³ É ainda pertinente acrescer a esses princípios o direito constitucional de ação, o direito constitucional de defesa, o direito à prova, o direito de tutela em um processo e o direito aos recursos.

2 Os exemplos mais notáveis são o terror instaurado a partir de setembro de 1793 e o golpe no dia 18 do mês de Brumário, em 1799.

3 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.

A adequada compreensão dos preceitos propostos por Fernandez Segado permite observar que o autor elenca como princípios processuais constitucionais os que se aplicam a qualquer modalidade de jurisdição, e não apenas à jurisdição constitucional, o que demonstra a profundidade do Processo Constitucional.

Não se trata apenas dos modelos de jurisdição constitucional e seus institutos, mas de uma concepção processual que abarca toda a jurisdição, ou seja, podemos compreender que toda jurisdição é constitucional, na medida em que os institutos do Processo Constitucional, particularmente as garantias processuais consagradas na Constituição, permeiam o desenvolvimento válido de toda e qualquer controvérsia traduzida para os termos de um litígio judicial.

Nesta senda, é indispensável chegar-se ao conceito, à extensão e limites das garantias constitucionais do processo, tanto cível quanto penal: “Percebe-se que a simples elevação de certos princípios à condição de preceitos constitucionais, não era suficiente para garantir sua eficácia.” (BARACHO, 2006, p. 13)⁴

Analisando a obra de Fix-Zamudio, o professor Baracho identifica as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais como meio para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional.

Algumas constituições e as legislações ordinárias exigem que, para interposição dos instrumentos específicos de proteção aos direitos fundamentais, como os recursos constitucionais na Suíça e na República Federal da Alemanha, era necessário esgotar todos os métodos de impugnação judicial ordinária. Em vários ordenamentos, o processo ordinário é o meio através do qual pode-se lançar a questão de inconstitucionalidade incidental, quando se considera que a lei aplicável no processo contraria a Constituição (BARACHO, 2006, p. 13).

Ainda segundo o professor Baracho, a sistematização dos instrumentos do direito judicial constitucional é apresentada por Fix-Zamudio sob três categorias:

a) esses direitos referem-se à necessidade que têm os jurisdicionados de contarem com uma jurisdição preestabelecida legalmente, de maneira independente e imparcial, para que se configure o conceito de ‘juiz natural’; b) esses direitos relacionam-se diretamente com a situação jurídica das partes, expressa pela ideia do *direito de defesa*; c) a última categoria refere-se às *formalidades essenciais do procedimento*. (BARACHO, 2006, p. 13)

Observa-se que o processo constitucional fundamenta e se projeta em toda atividade jurisdicional, independentemente do objeto da ação, vale dizer, a matéria controversa pode ser de direito comum ou constitucional.

A importância do Processo Constitucional revela-se desse modo evidente, merecendo a pesquisa de seus institutos e o debate sobre os diversos pontos de vista porventura controversos.

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2006, p. 13.

3. PROCESSO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

As doutrinas nacional e estrangeira do Processo Constitucional ressaltam o profundo entrelaçamento que possui com os direitos fundamentais.

José Alfredo Baracho já destacava, em 1984:

A falta de instrumentos processuais adequados à proteção direta dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados constitucionalmente, como preceitos individuais e de caráter social, torna-se diariamente mais sentida. A ampliação dos meios de intervenção estatal leva-nos a refletir sobre a conveniência da fixação de remédios processuais de tutela direta e específica das liberdades fundamentais. (BARACHO, 1984, p. 4)

As premissas do Processo Constitucional estudadas por Eduardo J. Couture revelam esse vínculo inevitável (COUTURE, 1977). São elas, conforme tradução do professor Baracho:

- a) A constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo consagrada na Constituição;
- d) A lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;
- e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis."

A declaração de direitos fundamentais, quando desprovida de uma parcela da estrutura estatal responsável por sua efetivação, não é suficiente. As diversas experiências do constitucionalismo contemporâneo revelam a vocação das majorias para buscar sua perpetuação no poder, o que muitas vezes ocorre às custas da redução ou mesmo da supressão de direitos das minorias.

Os órgãos políticos do Estado, conquanto tenham a obrigação de defender e preservar a ordem constitucional, são permeáveis a inúmeras formas de corrosão inventadas no embate político, tornando deste modo necessária a estruturação do Processo Constitucional como modo de conter as investidas majoritárias.

Como esclarece José Alfredo Baracho:

O contencioso constitucional dos direitos fundamentais, através dos princípios do processo constitucional, tem ampliado os direitos fundamentais protegidos pelos remédios constitucionais, objetivando solidificar os conceitos e as práticas da vida, da liberdade, da igualdade e da não discriminação das pessoas, bem como a proteção da honra, da intimidade, da privacidade e da própria imagem (BARACHO, 2006, p. 55).

Neste itinerário, o processo constitucional compreende o direito de ação e de defesa judicial, incluindo-se o direito a recursos, a igualdade das partes no processo, o juízo natural, conforme estabelecido em lei, a reserva legal quanto às penas e medidas de segurança, a tutela do direito e do interesse legítimo contra atos da Administração pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos.

A ampliação do rol de ações constitucionais destinadas à proteção e efetivação dos direitos fundamentais é igualmente fruto da expansão e estruturação do Processo Constitucional.

O habeas corpus, comum a quase todos os Estados constitucionais do ocidente, o recurso de amparo no Direito ibero-americano, os *writs of mandamus* e *certiorari* do Direito estadunidense, além dos mandados de segurança e injunção e do habeas data no Direito brasileiro, configuram um catálogo de remédios constitucionais no qual ainda se arrolam as ações para proteção de interesses legítimos, interesses coletivos e interesses difusos, vale dizer, a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas Constituições do Século XX através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os tornam efetivos e exequíveis (BARACHO, 1997, p. 106).

A vinculação do Processo Constitucional com os direitos fundamentais revela-se não somente nos direitos e garantias processuais individuais, coletivos e difusos, mas do mesmo modo na jurisdição constitucional abstrata, caracterizada pela legitimação processual extraordinária, necessariamente fixada pela Constituição ou pelas leis.

Analisando o caso alemão, José Alfredo Baracho destaca o papel dos tribunais constitucionais no exercício da jurisdição constitucional abstrata:

Com Bonn surge a oportunidade de uma jurisdição guardiã da Constituição, passando-se do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) para certa forma de Estado dos juízes (*Richterstaat*), onde os doutrinadores reconheceram a promoção do Poder Judiciário, após 1949. Cada ordem constitucional necessita de um poder neutro. O poder jurisdicional, pela Lei Fundamental, é confiado aos juízes. A corte constitucional de Karlsruhe criou normas sobre sua composição, estatuto e recrutamento, independente dos outros órgãos constitucionais e jurisdicionais, como técnicas de definição de competências e dos litígios entre os órgãos constitucionais (BARACHO, 1984, p. 110).

Criada na primeira metade do século XX, a jurisdição constitucional abstrata desenvolveu-se sobremaneira na Europa após a Segunda Guerra Mundial, com a instituição de diversos tribunais constitucionais, o mesmo ocorrendo na América Latina posteriormente à redemocratização que caracterizou a América ibérica nas décadas de 1980 e 1990.

No Brasil, o debate sobre a criação de um tribunal constitucional remonta aos trabalhos preparatórios à Constituição de 1934, mas somente adquiriu vulto ao longo da elaboração da Constituição de 1988.

O desenlace da controvérsia entre a criação de um tribunal constitucional, ou a ampliação das atribuições do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas, desaguou no fortalecimento do Tribunal instituído em 1891, resultado de um processo que teve seus primeiros traços com a instituição da ação de inconstitucionalidade interventiva em 1934, e que se intensificou com a promulgação da Emenda Constitucional n. 16 de 1965.

Analisaremos os impactos da adoção e posterior robustecimento do controle abstrato de inconstitucionalidade no Direito brasileiro a partir do próximo tópico.

Antes, porém, é necessário ressaltar, das ideias expostas acima, que a jurisdição constitucional é uma das partes integrativas do Processo Constitucional, o que nos permite deduzir o vínculo necessário entre a jurisdição constitucional e a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

4. O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A Constituição brasileira de 1891 inaugurou a jurisdição constitucional difusa no Direito Brasileiro, segundo os cânones do Direito estadunidense.

Em um país predominantemente rural, com a formação apenas incipiente da classe média urbana, a jurisdição constitucional esteve restrita a casos exíguos, a maioria destes solucionados pelo Supremo Tribunal Federal, em decisões proferidas em habeas corpus.

Sem subestimar a relevância da doutrina brasileira do habeas corpus naquele período, a maioria de nossos cidadãos não tinha acesso efetivo ao Poder Judiciário e as matérias constitucionais então levadas a juízo eram sustentadas preponderantemente por controvérsias internas às elites políticas e econômicas brasileiras.

A industrialização e conseqüente urbanização das primeiras décadas do século XX modificou progressivamente tal cenário, exigindo a ampliação da atividade jurisdicional em geral, com efeitos particulares sobre a jurisdição constitucional.

Esse início da difusão do modelo norte-americano no Brasil trouxe à tona as previsíveis distorções advindas da adoção de um modelo concebido e consolidado sob o amparo dos institutos do Direito anglo-americano, em um país de tradição romano-germânica. A jurisdição constitucional difusa potencializara o risco de fragmentação da interpretação e aplicação da Constituição, haja vista a inexistência de um método de uniformização das decisões como permitido pelo *stare decisis*.

A preocupação de Hans Kelsen, ao defender uma jurisdição constitucional concentrada nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, teve no Brasil uma demonstração convincente, levando o constituinte de 1934 a estabelecer no artigo 91, IV, desta Constituição, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ante a inexistência de um tribunal constitucional apto a exercer o papel de “legislador negativo”, e considerando a natureza do efeito das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário – *inter partes* -, tendo ainda em vista o princípio da separação de poderes, o engenho estabelecido em 1934 possibilitaria efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, desde que o Senado Federal deliberasse neste sentido, ressalvado apenas o caso das ações interventivas, cujo efeito *erga omnes*, segundo Alfredo Buzaid, adviria da deci-

são da corte suprema, mas a suspensão da execução da lei apenas se efetivaria se houvesse Pronunciamento do Senado (BUZAID, 1958).⁵

O Judiciário cumpriria seu dever, decidiria o caso concreto, se necessário com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, e o Legislativo preservaria a prerrogativa de proferir atos normativos com efeito *erga omnes*, efeito logicamente inerente às leis, ou de efetivar, por meio da suspensão da execução da lei, a decisão proferida na ação interventiva.

A promulgação da Emenda Constitucional n. 16 de 1965, introduzindo no Brasil a representação de inconstitucionalidade de lei federal, preservou a função do Senado Federal no sentido de suspender a execução das leis declaradas nulas nas decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no exercício da jurisdição constitucional concreta quanto da abstrata. A doutrina de autores como Alfredo Buzaid, desenvolvida antes da Emenda n. 16/65, permanecia intacta.

Um dos primeiros juristas a analisar a matéria no país, Buzaid entendia ser necessária a deliberação do Senado também na declaração de inconstitucionalidade abstrata. O autor afirmava:

A decisão do Supremo vale como *lex specialis*, com eficácia *erga omnes*; mas a decisão transitada em julgado precisa ser remetida ao Congresso, para que este suspenda a execução do ato (BUZAID, 1958, p. 137).

Analisando as particularidades da decisão de inconstitucionalidade no caso concreto e suas distinções em relação à ação interventiva, Buzaid assevera:

É certo que, em ambas as hipóteses, deve o Supremo Tribunal Federal remeter respectivamente ao Senado ou ao Congresso Nacional a decisão transitada em julgado para fins do art. 64 ou 13 da Constituição.”

[...]

A suspensão da execução da lei, do decreto ou do ato é o complemento, na esfera legislativa, da declaração judicial de inconstitucionalidade (BUZAID, 1958, p. 140-141).

A inexistência de um tribunal externo ao Poder Judiciário, como os criados na Áustria, na Alemanha e na Itália, exigiria a manifestação da Casa legislativa, posto não possuímos este poder neutro a que se referiu o professor Baracho, restando o julgamento da inconstitucionalidade em tese como atribuição do órgão supremo do Poder Judiciário.

Esse ponto de vista doutrinário foi consagrado no Supremo Tribunal Federal nos anos que se seguiram à promulgação da Emenda Constitucional n. 16/65. Todavia, foi refutado no mesmo Tribunal a partir de 1975, ano seguinte àquele em que o Movimento Democrático Brasileiro, oposição ao partido governista Aliança Renovadora Nacional, obteve uma expressiva vitória nas eleições para o Senado Federal, garantido 16 das 22 vagas então em disputa.

O ministro José Carlos Moreira Alves proferiu despacho no Processo Administrativo n, 4.477-72, publicado no Diário da Justiça de 16/05/1977 (quase dois anos após ser proferido), no qual concluiu:

Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta, sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de inconstitucionalidade *incidente*, e não quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência

5 BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos.⁶

Essa decisão administrativa buscou conferir ao Supremo Tribunal Federal funções de tribunal constitucional, preservando-lhe, contudo, a condição de órgão supremo do Poder Judiciário.

A ideia de um poder neutro como responsável pela jurisdição político-jurídica, como são os tribunais constitucionais, com processos mistos de designação dos membros e mandato conferido a cada um destes, foi subjugada, não por uma decisão da autoridade constituinte, originária ou derivada, mas por decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal, a qual restringiu também o alcance de competência privativa constitucionalmente atribuída ao Senado Federal.

A tese de um sistema misto de jurisdição constitucional é sem dúvida interessante, porém, a concepção não foi submetida ao crivo de uma autoridade constituinte, o que sugere a necessidade de investigações profundas sobre o contexto político-social que teria levado o Supremo a proferir decisão de tamanha envergadura. A referência feita acima, de vitória da oposição nas eleições para o Senado Federal em 1974, seria um primeiro passo, mas não o bastante para compreender decisão dessa relevância, que altera as atribuições constitucionalmente conferidas ao Supremo Tribunal Federal e ao Senado Federal.

De todo modo, após a Emenda Constitucional n. 16/65, a jurisdição constitucional no país recebeu um novo impulso, se por vias legítimas em todos os seus desdobramentos ou não, é algo a ser debatido.

O Congresso com atribuições constituintes instaurado em 1º de janeiro de 1987 trouxe-nos outro relevante capítulo no desenvolvimento de nossa jurisdição constitucional.

O debate sobre a implantação de um tribunal constitucional no país integrou as discussões nas comissões temáticas, sem, contudo, lograr aprovação no plenário da Constituinte.

A tese de que o Supremo Tribunal Federal seria a corte constitucional do Brasil gozava de amplo respaldo no Tribunal, o que pode ser constatado pela leitura de livros como o publicado pelo ministro Oscar Dias Corrêa em 1987, "O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil".

O papel de legislador negativo, peculiar aos tribunais constitucionais, vinha sendo exercido pelo Supremo desde 1977, o que reforçava a tese de que já éramos dotados de um tribunal constitucional, conquanto nenhuma constituinte ou emenda constitucional o houvesse sufragado.

O constituinte de 1987/1988 assumiu a asserção de ser o Supremo Tribunal Federal a nossa corte constitucional, e deste modo ampliou expressivamente sua competência para o exercício da jurisdição constitucional abstrata, tanto em razão da multiplicação dos legitimados extraordinariamente para deflagrar o controle da constitucionalidade em tese, quanto pela instituição de uma nova ação de controle abstrato, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade passou a ser também uma arma política da oposição, considerando a legitimação dos partidos políticos para sua propositura, bem como um meio para os Estados federados insurgirem-se contra o governo central, haja vista a legitimação dos governadores e assembleias legislativas.

É também inovadora a legitimação de entidades da sociedade civil para propositura das ações diretas, caso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e das entidades sindicais ou de classe de âmbito nacional.

Naturalmente a jurisdição constitucional abstrata ganhou projeção e intensidade, nos primeiros anos de vigência da nova Constituição houve o esperado incremento na busca por essa via, o que permitiu diagnosticar lacunas e novos problemas da jurisdição constitucional aqui exercida.

Como fruto das novas avaliações sobre a jurisdição constitucional, após 5 de outubro de 1988, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, a qual introduziu duas novas ações de controle abstrato, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, simultaneamente prevendo o efeito *erga omnes* e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, para as decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade.

A motivação jurídica para a criação da ação declaratória de constitucionalidade é controversa. O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi sintetizado na Questão de Ordem apresentada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1.⁷

Essa Questão de Ordem foi suscitada pelo ministro Moreira Alves, em razão de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a qual impugnava a instituição da ação declaratória de constitucionalidade e seus efeitos *erga omnes* e vinculante, apontando-os como lesivos ao princípio do juízo natural, assim como ao princípio da demanda como condição para atuação do Poder Judiciário.

A ação proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal em virtude da inexistência de demonstração da pertinência temática. As questões nela suscitadas, todavia, eram relevantes com vistas ao esclarecimento dos propósitos da nova ação e seus efeitos, o que levou o ministro Moreira Alves a propor a Questão de Ordem.

Os magistrados, representados pela AMB, imputavam violação ao princípio do juízo natural em razão do efeito vinculante das decisões proferidas na Ação Declaratória de Constitucionalidade. A resposta do ministro Moreira Alves, em nossa opinião insuficiente, foi no sentido de que a instituição do controle abstrato e seus efeitos nunca foi objeto de refutação na Europa por eventual desrespeito ao juízo natural. Novamente reforçando a ideia de um sistema misto de jurisdição constitucional, o ilustrado ministro afirmou ser característico da jurisdição constitucional abstrata a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como aos que integram o Poder Executivo.

Consideramos insuficiente a explicação, posto que nos países Europeus foram criados tribunais constitucionais para exercício privativo da jurisdição constitucional, o que não ocorre no Brasil, onde a jurisdição constitucional abstrata está a cargo dos diversos órgãos do Poder

7 D.J. 16/06/1995, p. 18.212; RTJ 157/371-411.

Judiciário, destituídos, portanto, das características próprias dessas cortes europeias, instituídas enquanto órgão neutro, externo ao Poder Judiciário, e com designação híbrida de seus membros, de modo a melhor sedimentar a jurisdição político-jurídica.

O sistema de jurisdição constitucional no Brasil, em nossa opinião, não pode ser considerado misto, exatamente porque não temos um controle concentrado, o qual restringe a um único órgão, o tribunal constitucional, o controle abstrato ou concreto de normas constitucionais. O Brasil, desde 1891, adota a jurisdição constitucional difusa, e isso não foi modificado na Constituição 1988, como constatamos do artigo 97, bem assim em nenhum outro texto constitucional anterior a esse.

O fato de nossa jurisdição constitucional ser difusa não desautoriza a adoção de mecanismos de controle abstrato, como adotado em 1934, com a ação interventiva, e em 1965, com a representação de inconstitucionalidade. Do mesmo modo, o controle concentrado de constitucionalidade, na Alemanha ou na Áustria, não impede o exercício do controle concreto de constitucionalidade, por via incidental, pelo manejo dos recursos ou queixas constitucionais.

A jurisdição constitucional difusa comporta o controle abstrato, tanto quanto a jurisdição constitucional concentrada comporta o controle concreto.

Sendo difusa a jurisdição constitucional no Brasil, o efeito *erga omnes* das decisões proferidas na Ação Declaratória de Constitucionalidade, e vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, distorce o modelo de jurisdição consagrado desde 1891, atingindo, por consequência, a garantia do juízo natural.

A violação ao princípio do juízo natural adviria igualmente da interpretação sistêmica da Constituição. Inicialmente, porque as decisões proferidas no controle concreto são recorríveis, podendo alcançar o Supremo Tribunal Federal através de recursos ordinários ou extraordinários. A matéria poderá, deste modo, ser uniformizada pela jurisprudência da corte suprema, sendo possível aí a uniformização das interpretações sobre a constitucionalidade da lei. É um caminho mais longo, porventura tortuoso, não resta dúvida, todavia, a construção de uma jurisdição constitucional democrática não é viável por atalhos, é necessário enfrentar todas as vicissitudes, e não as tangenciar, afinal, somente confrontando dificuldades a jurisdição constitucional no Brasil poderá alcançar qualidade e estabilidade.

Uma segunda preocupação relativa à possível violação ao princípio do juízo natural, advém do disposto no artigo 52, X, um instituto, como já dito, inaugurado em 1934 e mantido no texto atual, qual seja, a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Esse instituto mantém incólume a autoridade do Poder Legislativo e protege a garantia do juízo natural. Implícito a ele está precisamente a permissão constitucional para que controvérsias constitucionais prossigam em discussão, e que eventualmente sejam amadurecidas, permitindo um desate refletido e amplamente debatido pelos membros do Poder Judiciário e integrantes das atividades essenciais à Justiça, assim como na esfera pública composta por uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄRBERLE, 2003).

No que concerne à alegada violação, por dispositivos da Emenda Constitucional n.3, do princípio da demanda, o ministro Moreira Alves afirmou que na jurisdição constitucional abstrata a legitimação extraordinária atribuída pelo artigo 103 da Constituição da República autoriza-os apenas a promover um impulso processual, e não atuar como o autor de uma ação

judicial, com as faculdades, direitos e deveres próprios, inclusive a desistência da ação. Essa natureza das ações diretas, que ele designa por *objetiva*, justificaria a previsão de proibição de desistência da ação pelo representante; em outros termos, uma vez impulsionada a ação direta, a responsabilidade pela decisão da inconstitucionalidade (e agora também da constitucionalidade) estaria apenas a cargo do Supremo Tribunal Federal.

Ainda reforçando o respeito ao princípio da demanda na Ação Declaratória de Constitucionalidade, o ministro Moreira Alves lembra que o Procurador Geral da República, desde a Emenda Constitucional n. 16/65, poderia propor a ação direta, e no parecer final pugnar pela improcedência dos pedidos, o que confirmaria o caráter objetivo do processo.

Por fim, o ministro Moreira Alves asseverou que, não fosse o caráter objetivo das ações diretas, a controvérsia está presente como requisito também na ação declaratória de constitucionalidade, porém, com um feito diferente, ela é instaurada pela *dúvida constitucional*, advinda de decisões pela inconstitucionalidade nos demais órgãos do Poder Judiciário, ou pelo próprio manejo da ação pelas autoridades responsáveis por preservar a integridade das normas de nossa Constituição.

Consideramos este ponto melhor exaurido na Questão de Ordem, quando comparado às justificativas oferecidas para afastar a alegada violação ao princípio do juízo natural, tema este abalado por uma incompletude ainda mais grave com a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4.⁸

Os provimentos nesta Ação Declaratória são diversos, mas para o objeto deste artigo interessa-nos o decidido sobre medidas cautelares na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A promulgação da lei encerra uma declaração de sua compatibilidade com a Constituição, tanto quando feita pelo Poder Executivo, como quando pelo Poder Legislativo.

Uma nova pronúncia de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, posterior ao pronunciamento Executivo ou Legislativo, desvirtua a separação e independência dos Poderes da União, haja vista a presunção de constitucionalidade da lei promulgada.

O alvo deste aspecto da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4 foi a jurisdição constitucional difusa, um ponto que não constava da Emenda Constitucional n. 3 ou de qualquer lei processual, e que foi suplementado, de modo duvidoso, pelo Supremo Tribunal Federal.

O texto do artigo 102, § 2º, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional n. 3, determinou:

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

As decisões definitivas de mérito teriam eficácia contra todos e vinculante relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, o Supremo Tribunal Federal exacerbou suas competências, ao determinar efeito vinculante para as medidas cautelares, claramente ao arrepio do estabelecido no próprio texto constitucional.

8 DJe nº 213 Divulgação 29/10/2014 Publicação 30/10/2014. Ementário nº 2754 - 1

Se a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade no Direito brasileiro é controvertida, conforme os motivos expostos acima, a legitimação da medida cautelar, com o efeito de suspender todos os processos em curso nos diversos órgãos do Poder Judiciário, nos quais a inconstitucionalidade tenha sido incidentalmente suscitada, parece-nos a princípio uma grave arbitrariedade judicial, fragilizando ainda mais o controle concreto de normas, já abalado pela Emenda Constitucional n. 3.

Aprofunda a violação à garantia do juízo natural, além de obstar o exercício da jurisdição constitucional difusa, estatuída na forma do artigo 97 da Constituição.

As previsões contidas na Lei 9.868/99 não ilidem esse vício, a lei foi editada no ano seguinte ao da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, e se as previsões legais sufragam conceitos expostos pelo Supremo Tribunal Federal nas duas ações em análise (ADC n. 1 e ADC n. 4), isso não resgata os excessos perpetrados anteriormente, apenas revelam a magnitude dos mesmos e os modos empregados pelas instituições públicas brasileiras para atenuar os rastros da subjugação quase diária do Estado de Direito em nosso país.

O argumento de uniformização da jurisdição constitucional é frequentemente apresentado como justificativa, tanto para a Emenda Constitucional n. 3, quanto para as decisões proferidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 1 e n. 4.

A uniformização da interpretação da Constituição é sem dúvida relevante. Contudo, não pode ser tomada como objetivo máximo da jurisdição constitucional, prejudicando outras funções e objetivos igualmente relevantes.

A jurisdição constitucional deve ser um espaço aberto para a sociedade pluralista de intérpretes, conseqüentemente, deve estar aberta a controvérsias, com soluções diferidas no tempo, algumas se estenderão bastante – temas como aborto, eutanásia, união ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, que comportam hoje divergências relevantes –, outras poderão ser mais rapidamente equacionadas. De todo modo, tanto as mais complexas quanto as que sugerem maior simplicidade, todas devem ser postas a uma tessitura não hierarquizada de intérpretes da Constituição, bem assim às ações dos diversos afetados pela decisão constitucional, as partes, os advogados, os magistrados, estendendo-se o horizonte de legítimos interessados a toda a comunidade nacional que se vincula ao Texto.

A jurisdição constitucional não se realiza como um processo autômato. Os princípios que a Constituição consagra almejando a convivência civilizada e, tanto quanto possível, justa entre os indivíduos efetivam-se em processos vivos e dinâmicos, uma ideia que remete ao conceito de *leaving Constitution* do Direito norte-americano.

A vida de qualquer Constituição depende da diversidade e qualidade dos discursos e ações na sociedade aberta de intérpretes de seu texto, propósito que fica comprometido quando a interpretação isola-se no pensamento de sete, nove ou onze pessoas, particularmente se esse isolamento nasce de golpes sucessivos contra o que foi deliberado pelos constituintes, em nosso caso, a conjugação das jurisdições constitucionais concreta e abstrata no bojo de uma jurisdição constitucional difusa.

Observamos, por fim, que o conceito que os cidadãos brasileiros expressam quanto à qualidade da jurisdição nacional, e em especial a do Supremo Tribunal Federal, vem sendo corroído ano a ano.

A automação da jurisdição constitucional em nada alcançou seus alegados propósitos, dentre os quais uma jurisdição constitucional de massas, sob controle hierárquico do órgão supremo do Poder Judiciário.

O coração do Poder Judiciário está cada vez mais inacessível, as particularidades de cada processo comum, onde a jurisdição constitucional sempre poderá irromper sob a forma de um incidente, estão sendo ignoradas em nome da implantação de uma maquinaria judiciária que jamais terá êxito diante da complexidade do mundo em que vivem seus jurisdicionados.

5. EFEITO VINCULANTE NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

A jurisdição ordinária no Brasil, e a jurisdição constitucional em particular, desde a Emenda Constitucional n. 3/2003 têm sido guiadas pela implantação de um sistema de precedentes que supostamente organizaria a prestação jurisdicional, por meio da implantação de uma jurisdição hierarquizada, ou seja, a noção de que a jurisdição é una, tanto a exercida por meio de uma sentença monocrática quanto a expressa em acórdão do Supremo Tribunal Federal, sucumbiria perante a estipulação de efeito *erga omnes* e vinculante dos pronunciamentos dos tribunais superiores e do tribunal supremo.

O sistema de precedentes advém dos efeitos das decisões no controle abstrato de constitucionalidade das leis, da repercussão geral de decisões dos tribunais superiores e da súmula vinculante.

Coloca-se um novo desafio, em primeiro plano para os profissionais do Direito, em segundo plano para todos os nossos cidadãos: aplicar um método decisório que somente em raros programas de pós-graduação em Direito do país foi estudado.

Não conhecemos o *stare decisis*, ignoramos as relações vinculantes que as decisões judiciais possam eventualmente ter entre si. Estudamos normas gerais e abstratas, sua interpretação e aplicação, mas de raro em raro estudamos casos, suas minúcias, os precedentes e seus efeitos.

As três principais decisões da Suprema Corte estadunidense sobre o direito à intimidade e o aborto exemplificam a complexidade de um sistema jurídico ancorado em precedentes.

Em *Griswold v. Connecticut* (1965), a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual restritiva à orientação médica quanto à adoção de métodos contraceptivos, asseverando o direito à intimidade da mulher como fundamento das decisões reprodutivas.

O caso não enfrentou o aborto, apenas métodos contraceptivos preventivos, como a prescrição da pílula anticoncepcional e outros.

Este caso foi o principal precedente para decisão proferida oito anos depois em *Roe v. Wade* (1973). Jane Roe alegava gravidez resultante de violência, o que segundo a lei do Estado do Texas não possibilitaria a interrupção da gestação, posto a lei local excetuar a vedação ao aborto apenas em caso de risco de vida para a mãe.

A Suprema Corte deu um salto, da fundamentação constitucional para a orientação quanto ao emprego de métodos contraceptivos preventivos, em direção à constitucionalidade da interrupção da gestação e à insolúvel indagação científica sobre quando tem início a vida (a ciência não substitui a índole, a fé, os compromissos sociais, enfim, não preenche diversas dimensões da experiência humana). E o fez enunciando uma formulação genérica, afastando as especificidades dos fatos em julgamento, determinou que a interrupção da gravidez é um direito da mulher até o sexto mês de gestação, independentemente do consentimento ou não quando da concepção.

Os juízes e tribunais estadunidenses divergiram à exaustão quanto ao conteúdo de *Roe v. Wade*, vários entendendo que a decisão era apenas *dicta*, ou seja, não vincularia decisões judiciais posteriores, outros defendendo-o como *holding*, uma decisão que deveria ser observada pelos julgadores em casos subsequentes.

A controvérsia foi tamanha que em 1992 a Suprema Corte, em *Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania*, retomou o disposto no caso *Roe v. Wade*, para reafirmar seu conteúdo essencial, mas admitindo normas restritivas ao aborto editadas por diversos Estados.

É uma demonstração evidente de que onde existe jurisdição constitucional consolidada, os precedentes não vinculam mecanicamente decisões posteriores.

A tradição romano-germânico leva-nos a aprender o Direito de maneira muito distinta à que testemunhamos nos países de tradição anglo-americana, o que proporciona limitações com vetores inversos: nos Estados Unidos e na Inglaterra o estudo do Direito é feito preponderantemente a partir de casos e a interpretação de normas gerais e abstratas é algo deficiente; no Brasil, estudamos preponderantemente a partir dos códigos e das leis, quase nunca analisamos casos.

O ex-integrante da Suprema Corte americana Antonin Scalia⁹ debate detalhadamente essas dificuldades que surgem da formação jurídica predominante nos Estados Unidos, uma preocupação que também deveria estar presente entre os profissionais do Direito no Brasil.

As especificidades de um sistema jurídico total ou parcialmente fundado em precedentes são desconhecidas em nosso país, constituindo um saber em linhas gerais alijado da formação de nossos profissionais.

As diversas facetas do *stare decisis* compreende desde os intérpretes que só admitem a vinculação quando os fatos do caso paradigma correspondem aos do novo julgamento, até os que consideram como precedente a enunciação abstrata do caso paradigma, havendo ademais as correntes intermediárias, que são muitas, *v.g.*, as que não exigem uma correspondência exata com os fatos da decisão anterior, admitindo uma atualização do sentido do precedente em razão do transcurso do tempo, as contrárias à possibilidade de atualização dos precedentes, que defendem o abandono de paradigmas ultrapassados, as que recusam a prevalência do precedente em face de lei posterior, as quais coexistem com as que pensam exatamente o oposto.

O incipiente sistema de precedentes adotado no Brasil tem desaguado na interpretação dos casos paradigmas a partir dos métodos aqui melhor amadurecidos, ou seja, os precedentes têm sido interpretados como se fossem leis, como normas gerais e abstratas.

O simples texto das súmulas vinculantes fundamenta várias decisões, enquanto os fundamentos destas mesmas súmulas são totalmente ignorados, os fatos que justificaram as decisões (e por vezes uma única decisão acarretou a edição de súmula vinculante) são subjugados em prol do imediatismo do provimento judicial.

Não há qualquer investigação sobre as particularidades fáticas dos casos paradigmas, o inteiro teor das decisões raramente é investigado pelos advogados, pelos tribunais ou pelos membros do Ministério Público.

Abdicamos das chances de assimilação progressiva da complexidade e riqueza do método *stare decisis* – mais uma vez reiteramos que as tradições anglo-americana e romano-germânica têm muito a oferecer uma à outra – em nome de uma jurisdição meramente quantitativa, comprometendo temerariamente os preceitos do Processo Constitucional.

6. CONCLUSÕES

O propósito derradeiro que conduz o desenvolvimento e a consolidação do Processo Constitucional é proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais.

A jurisdição constitucional, que entendemos como uma concepção assentada e condicionada ao Processo Constitucional, deve ambientar-se em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, único modo de potencializar a interpretação e aplicação das normas constitucionais com vistas à efetivação dos direitos fundamentais nos moldes acima expressos.

O Processo Constitucional e a jurisdição constitucional no Brasil enfrentam as vicissitudes de um Estado construído em bases oligárquicas e de uma sociedade em boa medida afastada do sistema de direitos consagrado na Constituição.

Esse quadro permite a realização de mudanças, tanto em nossas instituições quanto em nosso ordenamento jurídico, com escassas possibilidades de prosperar, seja em virtude da persistência da base oligárquica na organização do Estado, seja em virtude da formação de nossos profissionais do direito, seja ainda em razão da exígua duração dessas mudanças, rapidamente substituídas por outras, quando as evidências de suas lacunas são melhor difundidas.

Desde 1965, o Supremo Tribunal Federal vem paulatinamente ampliando funções que são próprias dos tribunais constitucionais. Se o primeiro passo decorreu de emenda à Constituição de 1946, vários passos posteriores tiveram origem mais obscura, como a decisão administrativa de 1975 e a legitimação da medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A ampliação da legitimação extraordinária para propositura das ações diretas na Constituição de 1988, aliada à preservação do sistema difuso de controle repressivo de constitucionalidade, foram passos essenciais para a qualificação da jurisdição constitucional no país, contudo, essas conquistas rapidamente retrocederam, especialmente em virtude da Emenda Constitucional n. 3 e das decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 1 e 4.

O engessamento da jurisdição constitucional no país, uma decorrência da adoção de um sistema de precedentes estranho à tradição do nosso estudo do Direito, prejudica a amplitude do debate constitucional, deslegitimando a cada dia os provimentos nessa matéria.

A conjugação das jurisdições constitucionais concreta e abstrata num sistema difuso pode ser alvissareira para a efetivação dos direitos fundamentais. Todavia, suas potencialidades somente serão reveladas se formas capazes de construir paulatinamente uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, vol. 337.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2006.
- BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.
- HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2018.

Dados do processo editorial

- Decisão editorial/aprovado: 12/02/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2