

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA IV**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

KEILA PACHECO FERREIRA

MARIA NAZARETH VASQUES MOTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Keila Pacheco Ferreira; Maria Nazareth Vasques Mota - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-413-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais. 4. Interpretação. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

Apresentação

Esta obra consagra o registro dos trabalhos aprovados e apresentados perante o Grupo de Trabalho Jurisdição, Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV, durante o XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas”, em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Consagrando os resultados das pesquisas produzidas por diversos Programas de Pós-Graduação e da Graduação, os estudos e debates proporcionam reflexões que se repercutem como uma importante experiência para todos os envolvidos, considerando o eixo de debates ligados à efetividade da justiça, na compreensão dos caminhos pelo processo (e fora dele) e diante da atuação da jurisdição.

Neste sentido, o GT concentrou-se na apresentação de catorze trabalhos, que, em síntese, trazem à lume as seguintes perspectivas:

Marcos Henrique Silveira e Priscila Emanuelle Coelho apresentam o estudo sob o título **PROCESSO DO TRABALHO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: EMERGÊNCIA DE UMA NOVA BASE PRINCIPIOLÓGICA**, elencando uma principiologia diferenciada a ser aplicada à nova estruturação do processo judicial trabalhista, em razão da organização dada ao processo eletrônico a partir da introdução da Lei 11.419/2016 no ordenamento jurídico pátrio.

Sob o título **O SISTEMA PRECEDENTALISTA BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**, Arthur Laércio Homci da Costa Silva e Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro buscam a construção de um sistema de vinculação de precedentes, no ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica da teoria do Direito. Neste sentido, utilizam Ronald Dworkin como marco teórico, trazendo à baila sua teoria de “direito como integridade” que dá suporte para a proposta de sistematização dos precedentes.

Por seu turno, Natal dos Reis Carvalho Junior e Ricardo dos Reis Silveira apresentam seu estudo sob o título **OBSTÁCULOS NA CONSOLIDAÇÃO DE UMA CULTURA DE DIREITOS COLETIVOS E CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO CAPAZ DE PACIFICAR CONFLITOS DE MASSA**, destacando que a evolução legislativa sobre o tema do direito coletivo ainda enfrenta muitos percalços, demandando respostas efetivas que ainda lhe são carentes.

Com o trabalho **O REGIME DAS PROVAS DIGITAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**, Carlos Alberto Rohrman provoca reflexões sobre o poder da prova digital produzida sob a ICP Brasil, partindo do marco teórico da teoria da arquitetura da rede de Lawrence Lessig. Para tanto, analisa o regime de provas do novo Código de Processo Civil para a sistematização da prova diante do processo eletrônico, com destaque ao documento digital.

Germano Henrique Roewer busca descrever o papel do novo Código de Processo Civil diante da evolução histórica da tutela de urgência no ordenamento jurídico brasileiro, com o trabalho intitulado **EVOLUÇÃO NORMATIVA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E SUAS INFLUÊNCIAS**, resgatando não somente a influência europeia no instituto como também as novidades trazidas pelo novo regramento.

Com o trabalho intitulado **O REGIME DA COISA JULGADA ESPECIAL NO NOVO CPC E A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES POR SEUS FUNDAMENTOS**, Vanessa Sousa Vieira trata das mudanças provocadas pelo novo Código de Processo Civil, em especial no que se refere às questões prejudiciais incidentais, com destaque aos efeitos preclusivos da então considerada coisa julgada especial.

Cristina Atayde Leite e Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa apresentam seus estudos sobre o controle concentrado de constitucionalidade com o título **O PROCESSO OBJETIVO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**, por meio do qual questionam a consideração de um modelo de processo caracterizado pela unilateralidade e sem a necessidade de um contraditório e uma ampla defesa.

Diante do direito de petição, da duração razoável do processo e a decisão justa e exequível, Maurinice Evaristo Wenceslau e Ailene de Oliveira Figueiredo apresentam seu estudo intitulado **O PRINCÍPIO DO ACESSO A JUSTIÇA E A PETIÇÃO INICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**. Para tanto, o texto transita pelos requisitos da petição inicial, tecendo considerações pelo olhar interpretativo decorrente do novo Código de Processo Civil.

Ao destacar a importância do advogado com a teorização de sua prática profissional, Carina Deolinda da Silva Lopes e Franceli Bianquin Grigoletto Papalia apresentam o estudo sob o título O PAPEL DO ADVOGADO FRENTE À IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO DAS PARTES EM CONFLITO SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, traçando-se perspectivas da atuação profissional para além da representação das partes.

Com o trabalho sob o título O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CORRESPONDÊNCIA ENTRE O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN, Thaís Karine de Cristo lança seus estudos para a compreensão do significado e amplitude de princípio da cooperação, observando as influências que a concepção dworkiniana traz ao tema.

Ao resgatar a importância sistêmica do Código Brasileiro de Processo Coletivo, Marco Cesar de Carvalho constrói seu estudo denominado O NATIMORTO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E O PREJUÍZO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA TUTELA COLETIVA, com o registro das peculiaridades do Projeto de Lei n. 5.139/2009, rejeitado pela Câmara dos Deputados e fonte de importantes considerações normativas.

O trabalho denominado O EMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN, de Thiago César Carvalho dos Santos, por sua vez, coloca em análise a atividade reativa dos tribunais no julgamento dos recursos, com destaque ao princípio da primazia do julgamento de mérito.

Numa proposta de compreensão sistemática das projeções do novo Código de Processo Civil para as ações coletivas, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Thais Costa Teixeira Viana trazem seus estudos com o trabalho denominado NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A MODULAÇÃO DO PROCEDIMENTO NAS AÇÕES COLETIVAS, utilizando-se das bases decorrentes da garantia constitucional do devido processo legal e da ampliação dos poderes das partes para celebrar essa negociação.

Também com enfoque no negócio jurídico processual, José Augusto de Queiroz Pereira Neto apresenta sua pesquisa sob o título NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO, por meio da qual verifica a aplicação do art. 190 do Código

de Processo Civil, somado ao artigo 3º do mesmo estatuto (tratando da promoção da solução consensual do conflito), com análise de manifestações de profissionais do Direito sobre o novo dispositivo processual.

Com o intuito de identificar o relacionamento das normas que regulamentam a eficácia dos precedentes judiciais, Rodrigo Andres Jopia Salazar apresenta o trabalho MICROSSISTEMA DE REGULAMENTAÇÃO DA EFICÁCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS, partindo da investigação realizada nos dispositivos processuais presentes no novo Código de Processo Civil e sua sistematização.

Consagrando o fechamento de trabalhos deste seleto grupo de pesquisas da coletânea, Sarah Regina Ott Clemente e Adriana Timoteo dos Santos Zagurski comentam suas perspectivas sobre a possibilidade prisão civil por descumprimento de ordem judicial de Juiz Trabalhista, com o seu trabalho sob o título EXECUÇÃO TRABALHISTA E PRISÃO DO EXECUTADO: UMA ALTERNATIVA EM BUSCA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL.

Assim, é de se registrar que a experiência proporcionada pelos Grupos de Trabalho no CONPEDI assentam sua importância para todos os envolvidos. Os coordenadores do GT Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV cumprimentam os organizadores do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF bem como parabenizam os participantes pelo compromisso assumido para com a cultura jurídica nacional.

Prof^a. Dr^a. Keila Pacheco Ferreira (UFU)

Prof^a. Dr^a. Maria Nazareth Vasques Mota (UEA)

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama (Unipar)

O PROCESSO OBJETIVO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

THE OBJECTIVE PROCESS IN THE CONCENTRATED MODEL OF JUDICIAL REVIEW

Cristina Atayde Leite
Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa

Resumo

O presente artigo busca estudar o processo coletivo de controle concentrado de constitucionalidade. Reconhecido, para alguns teóricos e Supremo Tribunal Federal como processo objetivo, caracterizado pela unilateralidade e sem necessidade de contraditório e ampla defesa. O que vem a ser debatido no presente ensaio, de forma a considerar que tal modelo de processo não se coaduna com o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição de 1988. Nessa esteira, serão feitas considerações sobre o surgimento do controle de constitucionalidade no ordenamento pátrio. Para tanto, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Processo objetivo, Controle concentrado de constitucionalidade, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The present article seeks to study the collective process of concentrated control of constitutionality. Recognized, for some theorists and for the Federal Supreme Court as an objective process, characterized by unilateralism and without need for contradictory and ample defense. What is being debated in the present essay, in order to consider that such a process model does not fit the Democratic State of Law model adopted by the 1988 Constitution. In this vein, considerations will be made about the emergence of constitutionality control in Brazil. For this, the deductive research method will be used, through the bibliographic research technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The objective process, The concentrated model of judicial review, The law democratic state

Introdução

O Presente ensaio busca investigar a natureza do processo constitucional do controle abstrato de constitucionalidade. Formatado, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal como processo objetivo, caracteriza-se pela ausência de partes, e, por consequência, sem necessidade de instauração do pleno contraditório e ampla defesa, já que não existe lide *in concreto* a ser solucionada. A questão que se apresenta é se a natureza jurídica objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade é adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito(?).

Isso porque, nas palavras de Baracho, o processo constitucional, através de lúcida interpretação, assegura os direitos fundamentais do homem, pelo que, indispensável sua sintonia com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Considere ainda, que é através do devido processo legal que o Estado legitima sua atuação. Mas sua legitimidade só poderá ser auferida por meio das garantias processuais constitucionais, essencialmente, para o presente estudo, o contraditório e a ampla defesa.

E, em que pese um processo constitucional de controle concentrado de constitucionalidade estar vinculado a um interesse público, porquanto indisponível, e delimitado pelo constituinte, a participação efetiva da sociedade parece constituir preceito fundamental.

Para tanto, no estudo da natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade, o presente trabalho objetiva identificar o surgimento do referido controle no ordenamento pátrio, analisar os modelos de inspiração, bem como reconstruir os argumentos apontados para a imputação do processo objetivo.

Isto porque, o processo concentrado de constitucionalidade destina-se, precipuamente, à defesa da ordem jurídica e deve ser manejado em interesse de toda a coletividade.

Dessa forma, utilizar-se-á o método de pesquisa dedutivo, aliado à técnica bibliográfica, a fim de buscar nos teóricos a fundamentação pertinente ao tema, apresentada em livros, artigos, periódicos e outros.

1 – Surgimento do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil

A Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais, complementando o controle difuso de

constitucionalidade radicado no ordenamento pátrio já na Constituição Provisória de 1890, art. 58, §1º, *a e b*.

Quanto a este, o regime republicano inaugurara uma nova concepção sob a influência do direito norte-americano, segundo Martins; Mendes (2009). O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organiza a Justiça Federal dispõe em seu art.3º: “Art. 3º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.” Na exposição de motivos, percebe-se nítida influência, consagrada no sistema norte-americano, de um controle difuso e operacionalizado por via incidental. *In verbis*:

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não à Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem efeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. E’ a vontade absoluta das assembléas legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido das doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo. A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglez, foi oppor um limite ao poder violento dos reis: o dever do liberalismo na epoca actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos. Essa missão historica incumbe, sem duvida, ao poder judiciario, tal como o architectam poucos povos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto. (SALLES, 2009, p. 323)

Note-se que o controle de constitucionalidade adveio de uma necessidade de se reestruturar e equilibrar os Três Poderes Públicos, sob a égide de uma Constituição. Enquanto Cappelletti (1992) considerava o aspecto mais sedutor, e por isso mesmo, mais audaz do fenômeno, e por certo o mais problemático, que se apresentava “[...] justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *julgamento*, entre o *legislador* e o *juiz*.” (CAPPELLETTI, 1992, p. 26), Campos Salles abordava o controle de constitucionalidade pelo Judiciário sob o aspecto de sua essencialidade.

Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se achava instituido no regimen descabido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos de systema federal. Do poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpor a benefica influencia de seu criterio afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão. E’ por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com eficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo. (SALLES, 2009, p. 324)

O autor ainda ressalta o relevante papel que a Constituição reservou ao Judiciário. De outra forma dita, a Constituição é que conferiria os contornos da atuação jurisdicional. Cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal fora criado alguns meses após a Proclamação da República (Dec. 510, de 22.6.1890, arts. 55 e 58), e entre suas diversas competências destacava-se a resolução de conflitos entre os entes federativos; e julgar, em grau de recurso, as sentenças que impugnassem a validade de leis e atos do governo em face da Constituição, conforme Vieira (2002, p. 117).

A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, no art. 13. §10 consagra o sistema de controle difuso de constitucionalidade com a consciência de que referido controle não se haveria de fazer em abstrato. *In verbis*:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. (MARTINS;MENDES, 2009, p. 46)

A tradição de um controle de efeitos concretos seguiu-se no ordenamento constitucional, com alguns avanços e retrocessos, até se deparar com a referida “[...] Emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais”. (MARTINS;MENDES, 2009, p. 59). Segundo os autores, a reforma realizada visava imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário, que já se deparava com a sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos. Ademais, buscava-se a definição de controvérsias constitucionais nos moldes que afigurasse economia processual às partes e a formação de precedentes que orientaria o julgamento de processos semelhantes.

No mesmo sentido, Barroso (2011, p. 175) dispõe que “O controle judicial de constitucionalidade por via principal ou por ação direta tem como antecedente, embora de alcance limitado, a denominada representação interventiva, criada pela Constituição de 1934.” Aduz que, entretanto, fora com a introdução da ação genérica de inconstitucionalidade, pela Emenda Constitucional n.16, de 26 de novembro de 1965, que o controle concentrado por via principal teve seu objeto ampliado, o que acabaria por levá-lo a uma posição de realce dentro do sistema.

Dispunha a Constituição de 1946, na Seção II, art. 101, “Ao Supremo Federal compete: I- processar e julgar originalmente: *k*) a representação contra a inconstitucionalidade

de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965)”.

Essa Emenda permitiu ao Supremo a apreciação das leis em sede de um controle abstrato, ressaltando-se, por via de representação exclusiva do Procurador-Geral da República, cargo este de confiança e de livre nomeação e exoneração por ato do Presidente da República. Martins; Mendes (2009, p. 27) assinalam “[...] que o modelo americano é revelador de uma forte desconfiança em relação ao legislador; o modelo europeu, além dessa desconfiança para com o legislador, traduz também uma dúvida em relação ao papel do juiz”.

Contextualize-se, nas palavras de Vieira (2002, p. 122), que juntamente com a Emenda n. 16 editada em 1965, o governo militar, por meio do Ato Institucional n. 2, ampliou o número de ministros no Supremo de onze para dezesseis a fim de garantir uma maioria de votos favoráveis ao governo, em que pese a suspensão das garantias constitucionais dos magistrados, como inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade.

Perceba-se a peculiaridade do surgimento de um controle abstrato de constitucionalidade, de forma a garantir os preceitos constitucionais, surgido em período militar, com um sentido político, já que veiculado exclusivamente pelo procurador, cargo de confiança do presidente.

“O Supremo colaborou para a transição no ritmo estabelecido pela agenda do Planalto. Em diversos episódios onde se buscou o Supremo, tiveram os litigantes suas pretensões frustradas por um tribunal submisso à vontade dos militares”. (VIEIRA, 2002, p. 125)

A Constituição de 1988 deu novos contornos ao instituto de controle de constitucionalidade, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha se mantido afeiçoado aos moldes de um período de arbítrio, nas palavras de Cruz (2004), sob forte influência do Poder Executivo. No mesmo sentido, Souza Neto; Sarmiento (2013). Entretanto, Cruz (2004, p.301) reconhece que o contexto de ampliação das garantias institucionais do Poder Judiciário tenha propiciado ao Supremo Tribunal Federal amplas possibilidades de consolidar sua independência em face das ingerências do Poder Executivo.

Vieira (2002, p. 127), em sua análise sobre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal aduz que, muito embora a expectativa de se criar um tribunal constitucional especializado, nos moldes da Europa Continental, tenha sido frustrada, as atribuições relegadas ao Supremo o coloca em posição semelhante à desses tribunais.

A novidade do texto de 1988 se traduz na competência do Supremo em apreciar os casos de omissão constitucional, pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Considere ainda, a arguição de preceito fundamental decorrente da Constituição como complemento dos instrumentos destinados à salvaguarda da Lei Maior. A ampliação dos agentes legitimados a proporem ação direta de inconstitucionalidade e a autonomia do Ministério Público também se apresenta como relevantes mecanismos em prol da garantia da Constituição.

De forma que, afirma Vieira (2002, p. 141) que essas alterações destinadas ao sistema de controle de constitucionalidade contribuíram para ampliar o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal. Ainda, “[...] a ampliação das hipóteses de controle material da constitucionalidade de emendas à Constituição, que coloca o Supremo Tribunal Federal em posição de controlar as decisões do próprio poder constituinte reformador;”.

Cruz conclui ao final de uma explorada trajetória sobre a história nacional do Supremo Tribunal Federal, que em relação à capacidade de o Supremo vir a ser o único guardião dos valores constitucionais, restou

“[...] clara a insuficiência e a incapacidade do Supremo em tutelar de forma isolada a ordem constitucional, ao longo dos últimos 110 anos. Apesar de momentos de raro brilhantismo e empolgantes demonstrações de devotamento à ordem constitucional, tal como nos primeiros anos da República Velha e do regime militar (1964/1969), o distanciamento do Supremo da sociedade e do restante do Judiciário foram os fatores decisivos para não-consecução dos fins propostos pelo comunitarismo nacional, bem como da não- concretização da democracia brasileira”. (CRUZ, 2004, p. 312)

Em função de que, aduz que as Cortes Constitucionais não podem ser as únicas guardiãs da Constituição, pois referida missão compete à sociedade, reservando às ações estatais papel subsidiário. Esse é um ponto relevante para a análise de um controle abstrato que não tenha reconhecido um caráter contencioso, onde as partes têm paridades de armas para defesa de direitos e interesses constitucionais.

2 – Algumas notas sobre os modelos de controle de constitucionalidade ‘americano’ e ‘austríaco’

Nas palavras de Cappelletti (1992, p. 10) “No plano do Direito Constitucional e Público, a grande “descoberta” do pensamento moderno está nas Cartas Constitucionais,

entendidas como a *lex superior*, vinculatória até para o legislador”. Eis o grande fundamento para os controles de constitucionalidade dos atos normativos nos Estados Modernos. Conforme demonstra o autor, a ideia já se exaltava em precedentes antigos. Mas a amplitude extraordinária que o fenômeno assumiu, principalmente a partir da Constituição norte-americana de 1787 até chegar às Constituições mais recentes, é que se traduz em novidade. Por mérito da interpretação de John Marshall, na causa *Marbury vs Madison*, de 1803, fixou-se a supremacia da Constituição e impôs, de outro lado, o poder e o dever dos juízes de negarem aplicação às leis que não se coadunassem com ela.

Defende ainda, qualificando as Constituições Modernas como uma norma prevalentemente de ‘valor’, a obra de um intérprete qualificado, o juiz constitucional, atuante no papel primoroso de garantir a concretização desse ‘valor’. Em suas palavras:

Acima da lei entendida como pura expressão de uma vontade soberana, centralizada na vontade do Estado, *jus quia jussum*, há um valor, porém também ele historicamente condicionado e, por isto, relativo, mas menos relativo que a lei ordinária, e subtraído aos volúveis comportamentos de passageiras maiorias governamentais ou parlamentares. E aquele valor tem o seu juiz, “Hüter der Verfassung”, que lhe garante a efetividade. (CAPPELLETTI, 1992, p. 13).

A par do sistema difuso, onde o poder de controle da constitucionalidade se estende a todos os órgãos do judiciário de um ordenamento jurídico, consagra-se o sistema concentrado, em que pese referido controle se destinar a apenas um órgão judiciário. Quanto a este, Cappelletti (1992, p. 68) informa que o “arquetipo” fora colocado em prática pela Constituição austríaca de 1920, em função de um projeto elaborado a pedido do governo, pelo Mestre da Escola Jurídica de Viena, Hans Kelsen e retomado em vigor no último pós-guerra, com a reforma da justiça constitucional, em 1929.

Kelsen (2003, p. 303) constrói seu modelo parametrizando o modelo americano. Aborda a situação dos Estados Unidos em que um órgão aplicador da lei podia declarar uma norma geral inconstitucional e desconsiderar referida lei diante de um caso concreto. O que significaria que a autorização para invalidar a norma seria apenas para o caso específico, restando a norma geral válida e podendo ser aplicada em outros casos. Ademais, os diferentes órgãos aplicadores da lei poderiam ter opiniões divergentes em relação à inconstitucionalidade, o que se apresentaria como ponto negativo. Em suas palavras, “A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição”.

Em função de que, “Não se considerou desejável garantir a toda corte o poder ilimitado de se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis”. (KELSEN, 2003, p. 304). Atente-se ainda, que na Áustria, as decisões da corte ordinária mais alta (*Oberster Gerichtshof*), relativas à constitucionalidade de lei ou decreto, não vinculavam as cortes inferiores. Estas não estavam obrigadas a seguirem o entendimento da *Oberster Gerichtshof* porquanto nem ela própria, de modo que podia declarar uma lei inconstitucional para um caso concreto, ao passo que também seria possível a aplicação da mesma lei – considerada inconstitucional - em outro caso específico.

Do que se observa, a concentração da revisão judicial se torna um fator almejado pelo sistema austríaco, o que fora alcançado com a Constituição de 1920.

A par disso, a decisão da corte invalidava a norma geral não apenas no caso concreto, mas com reflexo em todo o ordenamento. A norma deixava de existir tão logo fosse publicada a decisão. Perceba-se que o efeito alcançado pela decisão era declaratório e *ex nunc*. Chama a atenção o argumento de Kelsen (2003, p. 305) que confere ao legislador o igual direito de interpretar a constituição, pelo que, enquanto não declarado inconstitucional um ato legislativo, deveria ser respeitada sua opinião como legítimo intérprete constitucional.

Retomando as diferenças entre a Constituição americana e austríaca, o autor ressalta a questão da incerteza referente às respostas contraditórias sobre a inconstitucionalidade da lei, pelo que valoriza a centralização da revisão judicial e o investimento na Corte Constitucional na Áustria. Não obstante, reconhece a força do *stare decisis*, que mesmo não sendo absoluto, na prática assemelha-se ao efeito de anulação de uma norma, posto que as cortes americanas respeitam os julgados da Suprema Corte. Mas tal efeito se dá “[...] por meios juridicamente imperfeitos”. (KELSEN, 2003, p. 311). Indaga, outrossim, que de início, o interesse almejado pela parte, no sistema americano, de forma a enfrentar uma revisão judicial é um interesse privado, ao passo que o interesse na constitucionalidade da legislação é um interesse público, principal, que não necessariamente, coincide com a esfera privada, e que para tanto, merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.

Importa ainda considerar, que Kelsen (2003, p. 252), na busca de quem é o guardião da Constituição, aduz que “Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder [...]” e segue para esclarecer “[...] que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais [...]” mas o que não o desqualifica como um *tribunal*, ou que sua função não seja *jurisdicional*.

Aliado ao caráter de interesse público destacado no modelo de Kelsen (2003, p. 311), pode-se argumentar que um processo de controle de constitucionalidade lida com conflitos de

interesses, o que requer a inserção dos interessados, segundo os moldes dos princípios basilares do contraditório e ampla defesa, e que, traduzem-se na irrenunciabilidade por parte dos intérpretes, uma vez que inseridos na órbita dos interesses públicos.

Arremata, Kelsen (2003, p.264), na construção de seu modelo de controle concentrado de constitucionalidade, que o caráter litigioso, tanto nos processos judiciais (aduzindo ainda ao processo legislativo), quanto nos administrativos, é medida relevante. Porque objetiva trazer à luz todos os prós e contra argumentos de determinada solução. Ainda mais sobre uma questão de inconstitucionalidade de lei, onde pairam conflitos de natureza nacional, religiosa, econômica, dentre outros.

O caráter litigioso, o assim chamado *caráter judiciário* do procedimento, é também totalmente indicado quando se trata da aplicação de uma norma constitucional que concede uma margem larga de discricionariedade. O litígio então não trata, ou melhor, não trata somente e não só diretamente sobre a questão da constitucionalidade, mas também sobre a conveniência do ato impugnado; é também uma discussão sobre o melhor modo pelo qual a criação do direito – individual ou geral – deve ocorrer dentro do quadro traçado pela Constituição. [...] E justamente aqui é de particular importância que a vontade estatal, que se manifesta na decisão do tribunal constitucional, aconteça dentro de um processo que expresse os conflitos de interesses existentes. (KELSEN, 2003, p. 265).

3 – Da natureza do controle concentrado de constitucionalidade

Segundo corrente de jurisconsultos sobre o tema, o controle de constitucionalidade abstrato apresenta uma natureza peculiar, na qual o qualifica como um processo objetivo, significando com isso que o processo não tem feições contenciosas, uma vez que não existe lide em concreto para solução de um litígio. Como consequência, não há de se aplicar a ele os princípios do contraditório e ampla defesa, dentre outros princípios que se afiguram essenciais à defesa de um direito e/ou interesse nos quais veiculam uma pretensão.

Insurge-se, por meio deste ensaio, que a legitimidade de qualquer processo/procedimento, em qualquer entrância, em qualquer instituição pública e privada, no âmbito deste Estado Democrático de Direito, necessita de absorver os direitos e garantias constitucionais processuais, em especial, o contraditório e a ampla defesa. É a tradução da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que necessariamente se espalham por todo o sistema e vinculam toda a sociedade.

Para aqueles que defendem a natureza não contenciosa do processo coletivo de controle de constitucionalidade, atenha-se ao magistério:

A função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre as partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais. (BARROSO, 2011, p. 175-176).

Não obstante, reconhece-se a “citação” e a “defesa” da norma impugnada, a teor literal da Constituição, art. 103, § 3º, pelo Advogado-Geral da União.

Mendes e Martins (2009, p. 153) noticiam que, em 03 de fevereiro de 1986, nos Embargos na Rp. 1092, Rel. Min. Djaci Falcao, *RTJ*, 117:921 (952), o Supremo considerou novamente a natureza política do controle abstrato de normas, pelo que, o processo judicial deveria ser considerado como simples forma, orientação mantida com nitidez no acórdão de 18 de maio de 1988. “O Supremo Tribunal Federal ressaltou a *objetividade* desse processo, que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de normas”. E reafirmam que tal entendimento vem sendo seguido de forma pacífica como tese firmada em parecer emitido na Rp. 1.405, *RTJ*, 395:415, da relatoria do Ministro Moreira Alves.

Ademais, fundamentam que o caráter objetivo advém do fato de que o autor não alega a existência de lesão a direitos, atuando como representante do interesse público (Op. cit. 2009, p. 155), o que fora seguido pelo entendimento adotado na ADI 79, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 12 set. 1989.

Buscando a fonte da Rp. 1.405, julgamento 3-05-1988, DJ 2-07-1988, Tribunal Pleno, noticia-se que desde as primeiras representações, nº 95 e 96, de 1947, a Corte tem procurado firmar a natureza do processo de controle de normas. No afã de diferenciar a representação interventiva do inovado controle concentrado de constitucionalidade, nesse julgamento, é trazido à baila a representação de inconstitucionalidade n. 700, de relatoria do Ministro Amaral Santos, onde se consigna o entendimento do Ministro Aliomar Baleeiro considerando que tal ação não se trata mesmo de um processo, no sentido clássico, mas de uma instituição de caráter político. (BRASIL, 1988, p.145).

Essa orientação levaria a novos rumos no meio da Excelsa Corte, assentando a teoria alemã de que o controle abstrato de normas é um meio de controle político da Constituição, e se caracterizaria, pois, como um processo objetivo, já que não se destinava ao julgamento de uma relação concreta, senão à defesa da ordem constitucional.

[...] o Procurador-Geral da República não veicula uma pretensão propriamente dita, traduzindo, apenas, o interesse público na apreciação da validade da lei ou ato normativo. Não há que se cogitar, pois, de um contraditório, afigurando-se suficiente o interesse manifestado na apreciação da validade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1988, p. 147).

Entendimento que se seguiu a exemplo da Ação Direta de Constitucionalidade nº 1.350, de relatoria do Ministro Celso de Mello, de 27 de junho de 1996, entre outros exemplos:

Ementa: AÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO – TERCEIRO INTERESSADO. - O controle direto de constitucionalidade é processo objetivo, ao qual não se aplicam normas processuais comuns, próprias do processo subjetivo. - Terceiros interessados não têm legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato. A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo - vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da "harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei produzida em desrespeito à Constituição" (CELSO RIBEIRO BASTOS, "Curso de Direito Constitucional", p. 327, 111 ed., 1989, Saraiva) -, além de refletir entendimento exposto em autorizado magistério (CLEMERSON MERLIN CLEVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 112, 1995, RT; MAGIR SLAIBI FILHO, "Ação Declaratória de Constitucionalismo", p. 106, 21 ed., 1995, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, "Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos", p. 250, 1990, Saraiva), encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção in abstracto da ordem constitucional (RT J 113/22, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA; RTJ 131/1001, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RT J 136/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (BRASIL, 1996)

ADI 2982 ED/ CE - CEARÁ-EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator: Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 02/08/2006 -Tribunal Pleno - DJ 22-09-2006 - EMBTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ - EMBDO.: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA; ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ.
EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos de Declaração. Questões relacionadas à violação do devido processo legal, do contraditório e à inconstitucionalidade por arrastamento. 3. Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. 4. Informações complementares. Faculdade de requisição atribuída ao relator com o objetivo de permitir-lhe uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia. 5. Extensão de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. Inconstitucionalidade por arrastamento. Tema devidamente apreciado no julgamento da Questão de Ordem. 6. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. 7. Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL, 2006)

ADI 3013 ED-AgR / BA - BAHIA -AG.REG.NOS EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relatora: Min. ELLEN GRACIE -
Julgamento: 31/05/2006 - Tribunal Pleno - DJ 04-08-2006 - AGTE.: ESTADO DA BAHIA - AGDO.: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB; AGDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Desmembramento de município sem a prévia consulta, mediante plebiscito, das populações envolvidas. Ofensa ao art. 18, § 4º, da carta magna. Agravo regimental. Recurso em sede de controle abstrato de

constitucionalidade. Pessoas políticas subjetivamente interessadas. Ilegitimidade. 1. Os Estados-Membros da Federação não estão no rol dos legitimados a agir como sujeitos processuais em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo indevida, no modelo de processo objetivo, a intervenção de terceiros subjetivamente interessados no feito. Precedente: ADI 2.130-AgR, rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.12.01. 2. O art. 21, § 1º, do Regimento Interno e o art. 557 do Código de Processo Civil conferem ao relator a prerrogativa de negar seguimento a recurso manifestamente incabível, como o é, na espécie, os embargos interpostos por parte ilegítima. 3. Agravo regimental não conhecido. (BRASIL, 2006)

Da mesma feita, Vieira (2002, p. 158) traz à tona o julgamento da ADC nº 1-1 DF, que se insurgia contra a Emenda Constitucional nº 3, a qual estabeleceu, em 17.3.1993, a ação direta de constitucionalidade. “A finalidade da nova ação foi não mais permitir que os tribunais inferiores pudessem desafiar o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação distinta da sua”. Isso porque, uma vez declarada a constitucionalidade de uma norma, as decisões produziria eficácia contra todos e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e do Executivo. Não seria mais possível a impugnação da norma por via difusa em face dos juízes inferiores. Pelo que, a Associação dos Magistrados Brasileiros pretendeu questionar a constitucionalidade da emenda pela ADin nº 913-3, sendo o seu teor discutido incidentalmente no julgamento da primeira ação direta de constitucionalidade, ADC nº 1-1.

Em síntese, os principais argumentos levantados pela Associação de Magistrados foram no sentido de que diversos direitos fundamentais estavam sendo suprimidos, como o acesso a justiça, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. A Emenda também deveria ser declarada inconstitucional uma vez que afetava a natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal a órgão consultivo do legislativo e do executivo. Adentrando no mérito da causa, o relator Ministro Moreira Alves firma entendimento de que a ação direta de inconstitucionalidade, por referir-se a um controle de normas em abstrato, se apresenta como processo objetivo. Para afastar, pois, os argumentos apresentados pela Associação dos Magistrados, buscou-se demonstrar, que, na ação direta de inconstitucionalidade, em vigor desde 1965, não haveria a necessidade de um autêntico processo contencioso, servindo o mesmo em relação à ação direta de constitucionalidade. Senão vejamos:

ADI 1-1 DF – 21/10/1993 – Tribunal Pleno – Ementa: Ação declaratória de constitucionalidade. Incidente de constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/93, no tocante à instituição dessa ação. Questão de ordem. Tramitação da ação declaratória de constitucionalidade. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, no tocante à ação declaratória de constitucionalidade. Acórdão: Esta Corte já firmou entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como processo objetivo, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não

há prestação de jurisdição em conflitos de interesse que pressupõe necessariamente partes antagônicas, mas que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes Constituídos decorrentes da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados. (BRASIL, 1993, p.20). Desse confronto entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, verifica-se, que ambas integram o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, tendo a mesma natureza: a de se apresentarem como processos objetivos. (BRASIL, 1993, p. 22).

Entretanto, Vieira (2002, p. 156) defende os argumentos apresentados pela Associação de Magistrados, em que pese considerar uma inconstitucionalidade flagrante, haja vista que “O devido processo legal estava sendo ferido em diversos aspectos: Primeiro o contraditório [...]”, e depois, quanto aos efeitos da declaração de constitucionalidade, pois, uma vez que vincula os demais juízes, acaba por impedir o acesso à justiça àqueles que pretendam discutir a norma por via difusa.

LAGES (2015, p. 26) aborda o julgamento da Emenda n. 3/1993, já referido, onde na relatoria do Ministro Moreira Alves, fora considerado que a ação declaratória de inconstitucionalidade, tanto quanto a ação declaratória de constitucionalidade de atos normativos, caracterizam-se como processos unilaterais, sem contraditório e sem partes, destinado apenas à defesa da Constituição, e bem por isso, inadmissível a desistência da ação. Dessa forma, segundo a autora, a jurisdição constitucional se apresenta como uma espécie do gênero jurisdição, e, diante de suas feições marcadamente políticas, não absorve as garantias constitucionais processuais. Com isso, traduz-se em ato político de fiscalização dos Poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário.

Concluimos que não há, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma discussão teórica acerca da adequação do processo objetivo à Constituição Federal de 1988, já que os fundamentos da objetividade do processo são os mesmo declinados pelo Supremo Tribunal Federal em decisões tomadas sob a égide de uma Constituição não mais vigente. Mesmo diante da determinação do Texto Constitucional consistente na citação obrigatória do Advogado-Geral da União para a defesa do texto legal impugnado, [...] atua o Supremo Tribunal Federal desconsiderando totalmente as especificidades do constitucionalismo brasileiro nesse aspecto. Dessa forma, resta demonstrada a necessidade de reconstruirmos, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, o Modelo Constitucional do Processo brasileiro, a fim de demonstrar a inadequação de tal compreensão no marco da Constituição de 1988’. (LAGES, 2015, p. 32-33).

As considerações da autora coadunam com a conclusão de Cruz (2004) quando delata a forma tímida pela qual o Supremo iniciou seus trabalhos na esfera de um novo Estado Democrático de Direito. E, nesse mesmo contexto, é que se firmara a tese do processo objetivo. As perspectivas dadas às ações de controle de constitucionalidade não vislumbraram o novo paradigma de uma democracia deliberativa, não consideraram a complexidade de uma

sociedade que estava arraigada de interesses jurídicos, e que, na maior parte deles, inseriam-se na vida cotidiana dos cidadãos. Não consideraram, ademais, a inspiração Kelseniana, que também reconhecia o caráter litigioso do processo de controle de normas como legitimadora de qualquer atuação estatal.

Almeida (2007, p.31-32), em outro sentido, sustenta que o direito processual coletivo brasileiro, em razão de seu objeto material, divide-se em especial e comum. O direito processual coletivo especial, tutelando o interesse coletivo objetivo legítimo, seria o alcançado pelo controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade. E, em suas palavras,

Especial, porque em sede de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do *direito processual coletivo especial* é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais'. (ALMEIDA, 2007, p. 31-32)

Já o *direito processual coletivo comum* seria o correspondente à resolução de conflitos coletivos ou de dimensão coletiva que se instaura no plano da concretude.

Entretanto, Almeida (2007, p. 30) refere-se ao direito processual coletivo como uma nova ordem jurídica de proteção jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos. Para tanto, defende que “A *natureza jurídica* do direito processual coletivo, portanto, é de direito processual-constitucional-social...” utilizando-se, não só o método técnico-jurídico, mas, essencialmente, o *pluralista*.

Sob esse último aspecto, concorda-se integralmente, mas de forma a interligar o referido argumento à defesa de um processo contencioso no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. O processo coletivo, como uma ordem jurídica de proteção ampla e irrestrita há de se veicular aos princípios democráticos do contraditório e ampla defesa. E democráticos, porquanto conferem o direito à participação na relação processual. Embora não se possa falar, em tese, de lide, e talvez por isso, nem em partes, não há como negar interesses jurídicos legítimos em sede de controle abstrato, que necessitem, por ora, de defesa e participação.

Imaginem-se, a exemplo, o controle de constitucionalidade de lei estadual que pretenda auferir a consonância de seus requisitos à criação de um município, a rigor do art. 18 §4º da CF/1988. O município tem interesse, e porque não um direito, a participar do processo, com efetividade, para que tenha o poder de ser ouvido e considerado, uma vez que a demanda,

“em abstrato”, refere-se ao cotidiano “em concreto” de todos os cidadãos daquele ente federativo. É justamente nesse sentido que Kelsen aborda o caráter litigioso de um processo judiciário de controle de normas constitucionais.

Considere ainda, que o argumento da abstração e generalidade vem sendo mitigado pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Barroso (2011, p. 194) noticia a respeito: “A rigidez de tal limitação foi sendo progressivamente atenuada. A princípio, o STF passou a admitir o controle em situações excepcionais ou a se contentar com doses reduzidas de abstração, especialmente em matéria de leis orçamentárias”. Completa que,

Em precedente de 2008, a jurisprudência tradicional foi confrontada abertamente por diversos ministros e acabou expressamente relativizada, senão superada. A hipótese envolvia o controle de medidas provisórias que teriam aberto créditos extraordinários sem atender aos requisitos de urgência e imprescritibilidade, instituídos pelo art. 167, § 3º da Constituição. Por maioria, o Tribunal entendeu possível aferir a presença dos referidos requisitos, destacando que o caráter abstrato da fiscalização realizada em ação direta diz respeito à existência de uma questão constitucional posta em tese – desvinculada, portanto, de qualquer caso concreto -, e não ao conteúdo específico sobre o qual o controle irá recair. (BARROSO, 2011, p. 195).

Pondere, ademais, que lei estadual que declara canceladas as multas relacionadas a determinados tipos de veículos, em certo período de tempo, é ato normativo geral, suscetível de controle de constitucionalidade STF, ADV 29-00:452, n. 93210, ADIn 2.137-1-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Não obstante a determinabilidade dos destinatários da norma, aproximando-se muito mais de uma decisão que avaliará efeitos concretos a abstratos. Da mesma feita, o STF tem admitido o controle abstrato de leis ordinárias estaduais que criam Municípios, sem embargo de seus efeitos tipicamente concretos. RTJ, 158:34, 1996; Inf. STF 144:1, abr. 1990. V STF, DJU, 14 dez. 2001, ADInMC 2.381-RS, rel. Min Sepúlveda Pertence. (BARROSO, 2011, p. 195).

Pontue, pelo exposto, que o processo objetivo do controle concentrado de constitucionalidade adveio de uma construção jurisprudencial. A esse respeito, Cappelletti (1993, p.20/21) investiga a criatividade da jurisprudência. Parte de uma premissa de que na interpretação judiciária do direito está implícito certo grau de criatividade. E que o grande problema insere-se no ‘grau de criatividade’ e dos ‘modos e limites de aceitabilidade’ da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.

Discrecionabilidade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. (CAPPELLETTI, 1993, p. 23/24).

Nesse desiderato, traz limites substanciais e processuais à liberdade judicial. Os primeiros referem-se a precedentes judiciais, opiniões de juristas, códigos e afins. Quanto aos segundos, abarcam preceitos de uma justiça natural, inseridos na sapiência humana por meio de algumas regras, e, dentre elas, o direito das partes de serem ouvidas, como elemento *sine qua non* da função jurisdicional.

Entretanto, a tarefa interpretativa, nos moldes de uma democracia deliberativa não é cumprida apenas pelos juizes. Agreguem-se as lições de Häberle (1997, p. 12) ao considerar uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Sob esse prisma, o autor indaga sobre os métodos de interpretação constitucional de forma que, encarar com seriedade o tema Constituição e realidade constitucional, significa que os métodos interpretativos tenham que atender o interesse público e o bem estar em geral. Traz um conceito de interpretação no sentido de que seja uma atividade consciente, direcionada ao entendimento do sentido de uma norma. E mais:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*)... ‘ Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. (HÄBERLE, 1997, p. 14).

Defende ainda o autor, que, em uma Constituição que se estrutura não só a organização do Estado, mas além, a esfera pública e também o espaço privado, não pode tratar a sociedade como mero objeto.

A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. (HÄBERLE, 1997, p. 43).

De tal forma, o autor aduz que cabe à Corte Constitucional o papel de assegurar a participação leal aos diferentes grupos da sociedade, em uma perspectiva de ampliação gradativa às formas de participação. Isso porque, segundo entende Häberle (1997, p. 48) “O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”.

Na lição de Baracho (1984, p.363), a doutrina do Constitucionalismo integra-se com o Processo, de forma a materializar as normas que possam impedir a concentração de poder,

limitando as manifestações decisórias. Desta feita, o Processo Constitucional atende a preocupação de criar uma nova ordem jurídica e social, que acolha a totalidade das pessoas, em igualdade de condições.

O Processo Constitucional deve ser instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos, quando lesados, através de qualquer fonte, seja ela do próprio poder, dos indivíduos, grupos ou mesmo de ordem econômica e social inadequada, à realização da dignidade humana. (BARACHO, 1984, p. 364).

Da forma dita, o processo insere-se no âmbito dos direitos e garantias constitucionais e não pode ser desconfigurado por uma interpretação que não reflete os objetivos institucionais de uma democracia.

Na mesma tratativa, Dinamarco (2009, p.27) ensina-nos, quando escreve sobre ‘A Instrumentalidade do Processo, que a tutela constitucional do processo significa a conformação dos institutos do direito processual aos princípios que descendem da própria ordem constitucional, refletindo as bases do regime democrático. “[...] ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”. Ademais, considera que o contraditório constitui inerência do próprio regime democrático. “A participação é que legitima todo o processo político e o exercício do poder”. (Op. Cit., 2009, p. 337).

Finalize-se, mais uma lição do autor, em obra diversa, onde fala em relação jurídica processual e contraditório, considerando que:

A garantia constitucional do contraditório (Const.,art. 5º, inc.LV) é a suprema razão política pela qual todos os sujeitos do processo são, em certas situações, autorizados a realizar determinados atos (situações jurídicas ativas) e, em outras, induzidos pela ordem jurídica a realizá-los (situações jurídicas passivas).[...] Desse modo, a disciplina legal das situações ativas e passivas que integram a relação jurídica processual é o reflexo infraconstitucional da garantia constitucional do contraditório. Atribuir situações ativas e passivas aos litigantes e ao Estado-juiz é instrumentalizar no *plano jurídico* a dupla exigência posta em nível *político*, de modo que um modelo legal portador de adequada disciplina dessas situações é um modelo respeitoso a essa garantia. Visto o processo assim, acaba sendo indiferente afirmar que ele, como entidade complexa, compõe-se de *procedimento e relação processual* (Liebman) ou que ele é simplesmente um *procedimento em contraditório* (Elio Fazzalari). (DINAMARCO, 2009, p. 28/29).

Considerações Finais

O trabalho trouxe o contexto pelo qual os sistemas de controle de constitucionalidade foram inseridos no ordenamento pátrio.

O controle pela via difusa, nascedouro já no ordenamento que rodeava a primeira Constituição Republicana tinha o escopo de salvaguarda dos limites atuantes do Poder Legislativo e por consequência, a manutenção da separação de funções dos Três Poderes do Estado. De outra forma dita, pretendia-se o respeito às normas de organização estrutural de um Estado de Direito.

O controle concentrado, embora inicialmente com uma veia finalística de desafogar o Judiciário e proporcionar unidade e economia processual, mostrou-se como um instrumento que acrescia à defesa da Constituição. Paradoxalmente, implantando em período de baixo cunho democrático, trazia em seu bojo a potencialidade de um relevante meio de implementação de direitos.

Indiscutível que, a rigor dos modelos originais de concepção, americano e austríaco, prestavam ambos os sistemas à manutenção da supremacia da Constituição, como Lei Maior de um Estado Democrático de Direito.

Em que pese um instrumento processual constitucional como garantidor de uma Constituição, esse instrumento mesmo não deve ir contra aos próprios direitos dos quais pretende manter em integridade e em inviolabilidade. Apresenta-se como um paradoxo que a ferramenta para se consagrar a força da Constituição não respeite os ditames pelos quais essa mesma pretende alcançar.

Não há de se considerar, nesse diapasão, uma atividade criativa do direito, por obra dos Tribunais, que ultrapasse e desconsidere o pilar de um regime participativo, a teor de Dinamarco, ou como condição *sine qua non* da função jurisdicional, a teor de Cappelletti, em que o contraditório compõe-se no núcleo de tais instituições.

Em uma concepção vigente de Constituição como norma prevalentemente de valor, deve-se ater ao modelo Kelseniano de inspiração, que defendia o caráter contencioso do controle concentrado de constitucionalidade das normas como forma de ampliar os argumentos e razões da sociedade.

Considere ainda, que o fundamento da abstração do processo objetivo, elaborado por uma Corte à época antecedente à Constituição atual, merece reparos. Principalmente, porque tal critério já vem sendo amenizado conforme alguns julgados do STF. Em maior ou menor medida, uma lei, impugnada pela sua inconstitucionalidade, vai refletir no âmbito da

sociedade. E sua avaliação não pode ser dirimida sem esse vetor pluralista, a fim de se tornar destanque da realidade a qual pretende se inserir.

Assevera-se a mitigação de que uma Corte Suprema seja a única intérprete legítima a defender os valores imbuídos no Texto que confere autenticidade à formatação estatal, em sentido amplo, de forma a moldar o cotidiano de uma esfera coletiva.

Uma interpretação plúrima é a medida que melhor se vincula a uma teoria democrática. O que não será possível, considerando um processo de controle de normas, de caráter objetivo, no qual, cabe ao relator todo o poder de permitir, ou não, a participação da sociedade.

De forma que, um processo constitucional que melhor se adeque ao Estado Democrático de Direito deve se pautar nos princípios constitucionais do devido processo legal que legitimam toda atuação estatal.

E sob esse prisma, o princípio do contraditório perfaz-se em condição essencial de uma sociedade que não se contenta mais em ser expectadora, senão também autora e co-responsável pelos ditames que a modernidade vem a traçar para seus próprios rumos.

Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade* nº 1-1 DF. Tribunal Pleno. Requerente: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados. Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves. 27-10-1993; DJ 16-06-1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade-MC* nº. 1.350 RO. Tribunal Pleno. Requerente: Governador de Rondônia. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Celso de Mello. DJ 06-09-1996

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade-ED* nº 2982 CE. Tribunal Pleno. Embargante: Governador do Estado do Ceará. Embargado: Procurador-Geral da República; Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. DJ 22-09-2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ED-AgR* nº. 3013 BA. Tribunal Pleno. Agravante: Estado da Bahia. Agravado: Partido da Social Democracia Brasileira- PSDB; Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relatora: Ellen Gracie. DJ 04-08-2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Representação* nº. 1.405 AC. Tribunal Pleno. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Governador; Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ 01-07-1988.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão: José Carlos Barbosa Moreira. 2.ed. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1992.

_____. *Juizes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, reimpressão 2015.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A.Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. Revisão: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAGES, Cintia Garabini (Org.). Processo objetivo e democracia – análise à luz do Modelo Constitucional do Processo brasileiro. In: *Processo Constitucional, Legitimidade Democrática e Direitos Fundamentais*. v.1, Pará de Minas: Virtual Books, 2015.

_____. *O caráter objetivo dos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade: análise da sua legitimidade*. Pará de Minas: Virtual Books, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STREK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. In: *Novos Estudos Jurídicos*. vol.8, n. 2, maio/ago.2003.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao artigo 103 da Constituição. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio Luiz. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: *Quaestio Iuris*.v.06, n.02, 2013, p. 119-161.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALLES, Manuel Ferraz de Campos. Decreto nº 848/1890 – Exposição de Motivos. In: *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 2, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*. 250:197-227, 2009.

_____. (Org.) Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

TAVARES, André Ramos. Direitos Humanos Fundamentais e a Função do Estado-Juiz. In: *Direitos Fundamentais e Sua Proteção Nos Planos Interno e Internacional*. SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (Orgs.). (Coleção Direitos Individuais e Coletivos, v. 2). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 1-15.

_____. A Confluência entre o Processo Objetivo e o Processo Coletivo no Direito Brasileiro e suas Consequências. In: *Cadernos de Direito*. Piracicaba, 5(8-9), jan./dez.,2005, p. 33-54.