

POR QUE CONTROLE MISTO?

Marco Bruno Miranda Clementino

Juiz Federal - 19ª Vara / PE

1. INTRODUÇÃO

É lugar comum que o direito positivo brasileiro tem suas complicações, suas complexidades, fruto da estruturação estatal deficiente e, sobretudo, da imaturidade política dos centros de poder atuantes na sua concepção, embora se reconheça, quanto a isso, um significativo avanço nos últimos anos. Esses fatores terminam por gerar uma produção normativa repleta de vicissitudes e carente de uma orientação filosófica estável que possa imprimir racionalidade ao sistema. Daí ser comum a importação indiscriminada de categorias e institutos jurídicos do direito estrangeiro, sem a devida verificação de compatibilidade (formal e muito menos sociológica). Nunca se compreendeu a mensagem da música de Milton Nascimento, de que “ficar de frente para o mar e de costas para o Brasil não vai fazer desse lugar um bom país”.

Alijado desse processo criativo, não resta ao operador jurídico senão a atividade de sistematizar o direito posto, de efetuar o exame crítico das figuras jurídicas concebidas pelo sistema e, a partir dessas conclusões, de contribuir formulando proposições voltadas ao seu aprimoramento, ousando abandonar o discurso dogmático, sob uma reflexão mais crítica.

O título é sugestivo: por que controle misto? É possível ir mais adiante: para que controle misto? A referência se volta ao controle misto de constitucionalidade adotado no Brasil e pouco visto no direito comparado, ao mesmo tempo concentrado e difuso, abstrato e concreto, com características tão complexas que tornam sua compreensão difícil não apenas para o leigo, senão também para os próprios operadores jurídicos.

De onde surgiu a idéia de se instituir um controle misto? Por que assim se estabeleceu? Qual modalidade de controle prevalece? É possível simplificar o sistema? Essas são algumas das indagações que se pretende discutir, sob um discurso não apenas dogmático, mas igualmente dogmático. Referências de cunho sociológico e filosófico serão suscitadas de modo a subsidiar a reflexão, que nem de perto se propõe a esgotar o debate sobre a temática.

O interesse pelo objeto de discussão se justifica. O controle de constitucionalidade da produção normativa geral e abstrata constitui a pedra de toque do funcionamento estrutural do Estado sob competências, por se tratar do ponto de convergência do princípio da separação dos poderes. Ao viabilizar a fiscalização quanto ao exercício abusivo da função pública na concepção das fontes primárias de funcionamento do Estado, o círculo se fecha, possibilitando o controle recíproco dos poderes entre si, inclusive na produção legislativa na qual se constroem os padrões normativos a serem aplicados por todos eles.

Dá por que se exige uma sistemática estável, eficiente, segura e legítima de exercício da fiscalização da constitucionalidade. E isso, infelizmente, o direito positivo brasileiro não está oferecendo aos destinatários, com uma dupla sistemática de atuação, com distinções quanto às competências, à legitimação ativa, aos efeitos. Trata-se literalmente de duas sistemáticas paralelas que convivem entre si, com sensíveis dificuldades de intercomunicação.

Assim, a pretensão neste texto é a de elucidar essas questões, partindo da descrição e reflexão sobre o objeto, focado na premissa de que é necessária uma sistemática que atenda minimamente a padrões de estabilidade, eficiência, segurança e legitimidade.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO

Para Canotilho, “a defesa da constituição pressupõe a existência de garantias da constituição, isto é, de meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”. Mais adiante, o autor as designa como “garantias de existência da própria constituição (cfr. A fórmula alemã: *Verfassungsbestandsgarantien*)” ou “constituição da própria constituição” (2003, p. 887-888).

Característico das constituições rígidas, o controle da constitucionalidade constitui um dos meios de garantia da constituição, o que não se confunde com

as garantias constitucionais, terminologia mais propriamente empregada para indicar os instrumentos constitucionalmente estabelecidos como meios de defesa dos direitos fundamentais declarados (BONAVIDES, 1996). No sistema garantista, as declarações relevam o caráter histórico da conquista por direitos (BOBBIO, 1992); as garantias, por outro lado, trazem em si uma maior dinamicidade, expressa na finalidade de assegurar a efetividade daqueles no sistema.

A referência às constituições rígidas é importante. O controle de constitucionalidade como garantia da constituição só faz sentido nas constituições para cuja reforma se exija quorum mais elevado do que o previsto para alteração da legislação em geral. Supremacia (constituição material) e superlegalidade (constituição formal) são conceitos próprios de regimes dessa natureza, que se assentam na distinção entre poderes constituintes e poderes constituídos.

Assim, o controle da constitucionalidade, como garantia da constituição, atende ao objetivo de assegurar a prevalência da constituição material (supremacia da constituição), justificada logicamente, na pirâmide normativa, pela superioridade hierárquica da constituição formal (superlegalidade). Como diz Canotilho (2003, p. 889),

“a fiscalização da constitucionalidade tanto é uma garantia de observância da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização de sua força normativa, e de forma negativa, ao reagir através de sanções contra a sua violação, como uma garantia preventiva, ao evitar a existência de actos normativos, formal e substancialmente violadores de normas constitucionais” (sic).

2.2. REFERENCIAL HISTÓRICO

Embora o constitucionalismo constitua um movimento de certo modo recente na história do direito, remontando sua consolidação teórica ao fim da era moderna, a idéia de controle de constitucionalidade tem suas raízes em tempos mais antigos. Cappelletti, por exemplo, afirma a existência, na Antigüidade, de figuras jurídicas muito semelhantes ao atual controle de constitucionalidade. Como precedente, exemplifica com o direito ateniense, em que se distinguia

“entre o *nómos*, isto é, a lei em sentido estrito, e o *pséfisma*, ou seja, para usar um termo moderno, o decreto. Na realidade, os *nómoi*, ou seja, as leis, tinham um caráter que, sob certos aspectos

tos, poderia se aproximar das modernas leis constitucionais”. (1992, p. 49)

Cappelletti finda por apontar elementos que sustentam, já naquela época, a possibilidade de invalidação do decreto por contrário à lei, do *pséfisma* por contrário ao *nómos*, concluindo que

“os juízes atenienses, portanto, não obstante fossem obrigados a por solene juramento a julgar “Kata tous nómous Kaí Katá psefismata” (“segundo a lei e segundo os decretos”), não podiam, porém, ser obrigados a julgar segundo os psefismata, a menos que estes não fossem contrários aos nómoi”. (1992, p. 51)

Também é possível identificar rudimentos de controle de constitucionalidade durante o predomínio do pensamento jusnaturalista, iniciado ainda nos tempos medievais e percorrendo praticamente toda a Idade Moderna, através da predominância do *jus naturale* em relação ao *jus positum*, sob a idéia de direito natural como norma superior, insuscetível de derrogação pelo direito positivo. Entretanto, como o direito natural e o positivo compreendiam ordens jurídicas distintas, enquanto não se estabelecia, mais adiante, uma possibilidade de comunicação entre ambas, não se tornava facilmente viável que o juiz deixasse de aplicar o direito positivo em favor do direito natural. Cappelletti então cita a doutrina da *heureuse impuissance*, criada pelos *Parlements* franceses, “do Rei de violar as leis fundamentais – a impotência, portanto, melhor, ‘feliz’ impotência do soberano legislador de promulgar aquelas que hoje chamaríamos de leis constitucionais” (1992, p. 56).

É inegável que a consolidação dessa articulação entre duas ordens jurídicas outrora concebidas como distintas, conduzindo posteriormente à positivação do direito natural, contribuiu de certa maneira para a formação do constitucionalismo em si, mas isso apenas reforça o argumento acerca da importância do controle de constitucionalidade no sistema de constituições rígidas desde as suas raízes históricas.

O interessante é que o direito natural também serviu de fundamento, no direito inglês, para anular leis contrárias à *common law* (POLETTI, 1995). A referência remonta ao século XVII, por Sir Edward Coke, que preconizava a “autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação e como guardião da supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento e mesmo do

soberano” (CLÈVE, 2000, p. 59). É verdade que, mais tarde, com a Revolução Gloriosa, a tese de Sir Edward Coke cedeu espaço ao princípio da supremacia do Parlamento (*parliamentary supremacy*), até hoje predominante, mas constituiu importante precedente para a consolidação, séculos depois, em 1803, da *judicial review*, no direito norte-americano, com o *case Madison vs. Marbury*, conduzido com maestria pelo Juiz John Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Esse precedente se tornou célebre, na história do direito constitucional, como marco do surgimento do controle de constitucionalidade tal como concebido até os dias de hoje. Sabe-se que mesmo na jurisprudência americana, antes de 1803, havia antecedentes em que se aplicara a doutrina da *judicial review*. Para Poletti, o precedente não se tornou célebre pelo conteúdo da idéia, que já era corrente na jurisprudência, senão porque “Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão” (1995, p. 25), além de politicamente hábil para fortalecer, naquele momento, a autoridade da Suprema Corte.

2.3. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir da consagração da figura do controle da constitucionalidade como garantia das constituições rígidas, cada Estado, paulatinamente, adotou um modelo de justiça constitucional mais afinado com as peculiaridades de seu sistema jurídico, influenciado, evidentemente, por fatores históricos, sociais e políticos. O paradigma de análise para concepção do modelo a ser adotado, como não poderia deixar de ser, foi o modelo dos Estados Unidos da América, em cujo âmbito, por obra da jurisprudência, se consagrou a sistemática de controle de constitucionalidade.

Construída pela jurisprudência, sob a prática do *judge-made-law*, característico da tradição jurídica do sistema norte-americano de *common law*, a *judicial review* consiste em modelo de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade. Nesse modelo, a fiscalização acerca da constitucionalidade é executada por qualquer membro do Poder Judiciário, porém com a característica de que a declaração de inconstitucionalidade, por força do princípio do *stare decisis*, vincula as decisões dos juízes das cortes inferiores (“*a decision by the highest court in any court jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction*”). Assim, o julgamento por inconstitucionalidade pela *Supreme Court*, em função da incidência desse princípio, indiretamente adquire eficácia *erga omnes* e, como esclarece Cappelletti, “não se limita então a trazer

consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada” (1992, p. 81).

Como diz Favoureu, em análise do modelo europeu, “a maioria dos países atualmente dotada de um Tribunal Constitucional ficaram, em um certo momento, tentados a adotar o sistema estadunidense e finalmente o rejeitaram – se não aberta ao menos implicitamente” (2004, p. 18). Entretanto, como explica o próprio autor, as tentativas fracassaram nos sistemas europeus de justiça, seja em virtude de uma excessiva sacralização da lei, enfraquecendo o caráter de rigidez da constituição, seja da falta de qualificação específica do juiz ordinário para a função, seja da ausência de uma unidade jurisdição. Por isso, no continente europeu, o modelo norte-americano foi implantado em apenas poucos Estados, com destaque para os escandinavos.

Há convergência de modelos entre alguns Estados europeus, porém sem uniformidade. Na França, por exemplo, foi adotado um modelo de controle político¹ predominantemente preventivo, executado pelo *Conseil Constitutionnel*, constitucionalmente situado fora da estrutura de qualquer dos poderes². Na maioria dos Estados (Alemanha, Áustria, Espanha, Itália), sob inspiração kelseniana (FAVOUREU, 2004), optou-se pela estruturação de um controle jurisdicional e repressivo, porém concentrado, exercido com exclusividade por cortes constitucionais criadas para essa finalidade.

Segundo Favoureu, “o modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada” (2004, p. 17-18). Ao contrário do modelo norte-americano, em que a fiscaliza-

¹ Frise-se que há autores que enquadram o sistema francês também na classificação dos controles jurisdicionais, embora protagonizado por instituições não judiciais (CLÈVE, 2000, p. 61; CAPPELLETTI, 1992, p. 30).

² É importante salientar que, na França, a desconfiança em relação aos juízes, fruto dos acontecimentos históricos que antecedem à Revolução Francesa, remontando, portanto, ao *Ancien Régime*, que a estrutura constitucional do Judiciário terminou sendo bem mais tímida, sem sequer os elementos necessários para que se configure de fato um Poder. Basta dizer, no sistema francês, o monopólio da jurisdição não pertence ao Judiciário, em virtude da existência do *Conseil d'État*, espécie de jurisdição administrativa concebida no seio do próprio Poder Executivo, com competência para julgamento das demandas que envolvam o poder público.

ção ocorre de forma indireta, a fim de conferir certeza à relação jurídica referente ao caso concreto, no modelo de controle concentrado o controle se dá em abstrato, constituindo em si a finalidade do exercício da função definida pela competência.

Dados esses elementos empíricos extraídos de realidades normativas no direito comparado, é possível eleger pelos menos dois critérios de classificação dos modelos, preventivos (*a priori*) ou repressivos (*a posteriori*), entre políticos e jurisdicionais. Outrossim, no que se refere aos modelos jurisdicionais, a atribuição de competências pode ser difusa, como no exemplo norte-americano, ou concentrada, como predominante nos modelos europeus. Por fim, o controle jurisdicional pode ser classificado ainda em concreto, efetuado incidentalmente ou por via de exceção, ou abstrato, em que a fiscalização da constitucionalidade constitui objeto do exame em si.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No direito positivo brasileiro, diante do arraigado formalismo e consequente dificuldade de simplificação de institutos e procedimentos, existe hoje em vigor, sob a ordem jurídica instituída pela Constituição Federal de 1988 e fruto de um processo histórico, um controle misto que abrange todos os critérios de classificação mencionados, com hipóteses de incidência e competências diferenciadas. Há previsão de controles preventivo e repressivo, político e jurisdicional, concentrado e difuso, todos imbricados num mesmo sistema.

O controle preventivo é predominantemente político, executado pelo Congresso Nacional e pelo presidente da República, respectivamente pelas comissões de constituição e justiça (art. 85 da CF e Regimentos Internos das Casas Legislativas) e através do veto (art. 66, § 1º, da CF). É predominante e não exclusivamente político pelo fato de existir uma hipótese de controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, defendida pela doutrina (MORAES, 2000) e admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Essa espécie, bastante restrita, tem por objeto o controle do devido processo legislativo e é efetuada via mandado de segurança impetrado apenas por parlamentares. A restrição no tocante à legitimação ativa é ressaltada de forma bastante categórica em precedentes da jurisprudência do STF, em que se afirma

“a legitimidade do parlamentar – e apenas do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos

praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24667 AgR/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, 04 dez 2003).

No controle repressivo ocorre justamente o inverso. Tem predominância o controle jurisdicional e a Constituição Federal prevê duas hipóteses, bastante restritas, de controle político, executado pelo Poder Legislativo, prescritas nos artigos 49 e 62, com atribuição de competências, respectivamente, para sustação de atos normativos que exorbitem os limites do poder regulamentar e de delegação legislativa, assim como para fiscalização da constitucionalidade das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo.

O controle repressivo jurisdicional de constitucionalidade, executado pelo Poder Judiciário, é o de maior expressão no direito brasileiro. Esse controle, que se cinge mais propriamente à temática proposta, é efetuado sob dois grandes referenciais distintos: o controle concentrado e abstrato, de competência exclusiva do STF, e o controle difuso e concreto, efetuado por qualquer unidade judiciária com competência jurisdicional. Pontualmente, é possível identificar no sistema jurídico brasileiro figuras que fogem um pouco dessa combinação concentrado-abstrato e difuso-concreto, mas se trata de situações bem específicas às quais, em vista do objeto proposto e da falta de uniformidade na doutrina, não convém se ater na análise³.

A construção desse controle misto, de pouca articulação entre suas espécies, decorre de vários fatores que se conjugam entre si:

- i) de um processo histórico de instabilidade constitucional do país;
- ii) do excessivo formalismo na formação jurídica dos profissionais do direito, que insistem em interpretar as categorias e institutos da jurisdição constitucional de maneira conceitualista e sob paradigmas de direito privado;
- iii) da importação indiscriminada de categorias e institutos do direito estrangeiro, sem a devida verificação de compatibilidade com a tradição jurídica brasileira;

³ Apenas para exemplificar, há autores que enquadram a ação direta interventiva como hipótese de controle concentrado e concreto (CLÈVE, 2000).

- iv) de uma indefinição filosófica na aplicação das modalidades de controle, especialmente na difusa e concreta, talvez por uma certa rejeição ao direito norte-americano, fruto de uma idolatria acadêmica ao direito continental europeu.

3.1. REFERENCIAL HISTÓRICO NO BRASIL

Ao contrário dos Estados Unidos, cuja enxuta constituição data de mais de duzentos anos, evidentemente que com as emendas necessárias a que se adapte às exigências de evolução do processo histórico, no Brasil nunca se conseguiu obter a mesma estabilidade constitucional que possibilitasse o amadurecimento das instituições. Daí por que, mais de quinhentos anos depois de sua conquista por Cabral, o Brasil ainda é um país institucionalmente jovem, uma democracia em amadurecimento e consolidação.

Assim, o poder constituinte instituído para conceber a então futura Constituição Federal de 1988, sob os anseios de abertura democrática impulsionada pelos protestos que antecederam a Nova República, instituiu um modelo de controle de constitucionalidade que aproveitou praticamente todas as experiências anteriores, mais preocupado em democratizar o acesso à justiça (o que não se restringiu a essa questão) e menos com a estruturação de um perfil mais racional.

O controle misto resulta de uma acumulação de experiências paulatinamente implementadas de modo assistemático na história constitucional brasileira. Como não houve, nesse processo, a postura de imprimir uma sistematização entre as figuras que eram criadas e as que já vigoravam, findou que duas grandes vertentes paralelas se estabeleceram e se incorporaram à tradição. Assim, o controle de constitucionalidade surgiu inicialmente apenas difuso e concreto, mas adquiriu feição mista com a introdução de outras estruturas, próprias da modalidade concentrada e abstrata, sem a conseqüente perda de legitimidade das anteriores.

O controle difuso e concreto foi instituído inicialmente na Constituição de 1891, sob os auspícios de Ruy Barbosa e inspiração na experiência norte-americana da *judicial review*, consolidada pelo *leading case* que se tornou célebre, *Madison vs. Marbury*. O problema é que, como não se adotou, concomitantemente, a doutrina do *stare decisis*, o sistema gerou a proliferação de ações idênticas e em grande quantidade, cujas pretensões não recebiam julgamento uniforme em função da não vinculação dos juízes de instâncias superiores à jurisprudência do STF.

Para sanar esse inconveniente, a Constituição de 1934, promulgada após a Revolução de 1930, veio instituir a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, possibilitando a atribuição de efeito geral às decisões de inconstitucionalidade, procedimento que permanece em vigor, embora parcialmente modificado, no âmbito do controle difuso e concreto, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. Ainda na Constituição de 1934, instituiu-se a representação interventiva (semelhante à hoje prevista no artigo 36, I, da Constituição Federal de 1988), que viabilizava a arguição pelo procurador-geral da República, da incompatibilidade de atos normativos estaduais com os princípios constitucionais sensíveis.

A Constituição de 1937, “para utilizar a tipologia de Loewenstein, uma Constituição semântica” (CLÈVE, 2000, p. 85), outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas na instituição do Estado Novo, teve como finalidade primordial legitimar formalmente o regime ditatorial que se instaurava. Daí ter sido concebida de modo a atenuar a supremacia do Judiciário e fortalecer o poder do Executivo no controle de constitucionalidade. Essa característica se reflete pela competência atribuída ao presidente da República, no artigo 96, parágrafo único, de submeter ao Parlamento novamente, que podia, sob determinado quorum de confirmação, tornar sem efeito a decisão judicial.

A Constituição de 1946 praticamente restabelecia o sistema anterior a 1937. É restaurada a *judicial review*, com a concomitante competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de ato normativo declarado inconstitucional, desde que pelo STF e não mais pelo Poder Judiciário em geral. Mantém-se a representação interventiva, porém com modificações quanto ao procedimento.

Em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, foi introduzida a representação por inconstitucionalidade, que viabilizava o controle abstrato, via ação direta, com maior amplitude em relação à representação interventiva, porque desvinculada dos fins de intervenção federal. A iniciativa dessa representação era de exclusividade do procurador-geral da República, que dispunha de margem de discricionariedade sobre a plausibilidade quanto ao ajuizamento da ação. A decisão proferida pelo STF tinha efeitos gerais ou *erga omnes*, já que não envolvia o interesse de partes em litígio, mas a coletividade como um todo. O exame acerca da constitucionalidade era efetuado no plano abstrato e sem um conflito de interesses subjacentes.

O conteúdo da Emenda Constitucional nº 16 foi absorvido pelo texto da Constituição de 1967, sendo que, com a Emenda Constitucional nº 07/77, ins-

tituiu-se a hipótese de controle, via representação, também para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, assim como a possibilidade de o procurador-geral da República postular, nesse procedimento, a determinação de medidas cautelares.

Esses antecedentes históricos deram origem ao controle misto hoje em vigor. O processo evolutivo reflete, até pela ordem cronológica de criação dos institutos, o fortalecimento do controle concentrado e abstrato, porém sem a derrocada do controle difuso e concreto, já consolidado na tradição jurídica brasileira, que de certo modo delimita a abrangência do próprio exercício da função jurisdicional no país⁴.

A ampliação do controle concentrado e abstrato não se esgota com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Não bastasse ter o texto originário previsto novas espécies para essa modalidade de controle⁵, foi introduzida, pela Emenda Constitucional nº 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade e, posteriormente, foram editadas as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, a primeira regulando o procedimento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e a segunda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, até então em absoluto desuso.

É importante que se esclareça, todavia, que as últimas inovações de maior importância no sistema de controle de constitucionalidade, instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ocorreram no âmbito da modalidade difusa e concreta, através da adoção da súmula vinculante e do exame da repercussão geral da questão constitucional no âmbito do recurso extraordinário. É verdade que se fixaram, no uso do poder de reforma, requisitos muito rígidos para a incidência dos efeitos desses institutos, mas, do ponto de vista político, sua incorporação no direito positivo demonstra, de um lado, o interesse na manutenção do controle difuso e concreto e, de outro, a preocupação em, finalmente, imprimir maior articulação entre as modalidades de controle, esvaziando o julgamento reiterado de matérias repetitivas pelo STF, que tanta irracionalidade tem impos-

⁴ A afirmação é corroborada pelo aprimoramento das ações constitucionais, valorizadas no texto da Constituição Federal de 1988 até sob o ponto de vista topográfico, enumeradas entre as garantias constitucionais no artigo 5º, antecedendo inclusive a atribuições de competências no exercício do poder político. A criação de novos remédios constitucionais, como o mandado de injunção (posteriormente sepultado na prática por força do conservadorismo da jurisprudência do STF), reforça o argumento.

⁵ Constituem exemplos da afirmação a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2º, da CF) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único, da CF em sua redação original).

to ao sistema judiciário, seja do ponto de vista da eficiência, seja do ponto de vista da efetividade⁶.

3.2. CONTROLE DIFUSO E CONCRETO

Inspirado na *common law* norte-americana e incorporado ao direito brasileiro pela primeira vez no texto da Constituição de 1891 por obra de Ruy Barbosa, o controle difuso e concreto é o efetuado como pressuposto do próprio exercício da função jurisdicional. Executado por via de exceção, implica a verificação da compatibilidade da lei aplicável com a constituição no caso concreto, como condição prévia indispensável ao julgamento do mérito de um determinado conflito de interesses por uma pretensão resistida ou insatisfeita.

Com efeito, estando a ordem jurídica instituída sob os dogmas de unidade, coerência e completude (BOBBIO, 1990) e concebida hierarquicamente com a constituição como *Grundnorm* situada no topo da pirâmide normativa (KELSEN, 1995), não é possível ao juiz, no equacionamento do conflito de interesses, determinar a aplicação de uma norma em desconformidade, material ou formal, com o texto constitucional que legitima, na estrutura formal que é o direito positivo, toda a normatização inferior.

Assim, o controle é difuso porque deve ser executado por qualquer agente público no exercício da jurisdição e em função das peculiaridades que a norteiam; é concreto, de outra parte, pelo fato de ser efetuado por via de exceção, como pressuposto à solução de conflitos de interesses por pretensões resistidas ou insatisfeitas. Nessa modalidade, enfim, o controle não constitui a finalidade primordial em si da função pública exercida, senão meio para resolver litígios em observância da constituição, permanecendo a lei válida no sistema em relação a terceiros não abrangidos pela coisa julgada.

O controle difuso e concreto encontrou nos Estados Unidos da América um terreno fértil do ponto de vista sócio-político para consolidação, depois de precedentes históricos bastante rudimentares que remontam à Antiguidade e à

⁶ Em Portugal, por exemplo, a Lei nº 28, de 15 de novembro de 1982, que dispõe sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional português, prevê no artigo 82 procedimento que se afigura bem mais eficiente para viabilizar a comunicação entre as modalidades de fiscalização concreta e abstrata: “Artigo 82 (Processo aplicável à repetição do julgado). Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei.”

Idade Média. Avessos à interferência da lei emanada do Parlamento inglês, os norte-americanos se rebelaram contra a dominação e, ao declararem sua independência, instituíram um novo tecido social e político calcado na supremacia de uma constituição, identificada como o marco de conquista das liberdades. A constituição era a *Law of the Land* dos norte-americanos.

Já em 1787-1788, cerca de quinze anos antes do *leading case Madison vs. Marbury*, Alexander Hamilton escrevia, no artigo LXXVIII, de “O Federalista”, que

“a completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada, entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo, a de que não aprovará decretos de perdas de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes. Na prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição. Sem isto, todas as restrições a direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada”. (MADISON, 1993)

É importante ressaltar a circunstância de que o Judiciário dos Estados Unidos, ao contrário do ocorrido no processo histórico europeu, sempre foi dotado de enorme prestígio, pelo fato de figurar como contraponto às imposições do Parlamento inglês. O Parlamento, que para o povo inglês era expressão da liberdade popular, para os norte-americanos era sinônimo de opressão colonialista. O Judiciário norte-americano, nesse contexto, sempre desempenhou papel fundamental de coragem no fortalecimento da constituição americana, que simbolizava a consagração da liberdade diante da dominação colonial.

Esse prestígio se revela até os dias atuais, o que pode se verificar facilmente na ampla discussão que põe na sociedade civil norte-americana quando da indicação dos *justices* para a *Supreme Court*. Evidentemente que esse prestígio foi obtido num longo período de tempo e o *case Madison vs. Marbury* é tido como o primeiro *constitucional test case* de consolidação dos poderes da Suprema Corte.

O *case*, como já salientado, adquiriu relevância menos pelo ineditismo e mais em função da habilidade política do então e recentemente nomeado *chief justice* John Marshall, ex-integrante do Partido Federalista que acabara de dei-

xar o cargo de secretário de Estado, no governo Adams, derrotado por Jefferson nas eleições presidenciais (POLETTI, 1995). Derrotados, os federalistas aproveitaram para proceder a um vendaval de nomeações para vários cargos públicos, notadamente do Judiciário. O próprio Marshall foi beneficiado com o cargo de presidente da Suprema Corte.

O problema é que não foi possível, até a posse do novo presidente, entregar os títulos das nomeações a todos os beneficiados, dentre os quais William Marbury, indicado a juiz de paz no Condado de Washington. Assim, quando Jefferson assumiu o poder, determinou a seu secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, entendendo que a nomeação somente se aperfeiçoava com a entrega do documento. Marbury então, alegando prejuízo, provocou a jurisdição sob um *writ of mandamus*. Notificado, Madison silenciou na apresentação de contra-razões, tendo Marbury, na terminologia brasileira, postulado a execução da ordem.

A Suprema Corte demorou certo tempo para julgar a causa, num silêncio eloquente. Brilhantemente, Marshall, ao apreciar a pretensão, primeiramente decidiu o mérito da causa, reconhecendo a contrariedade à constituição no ato administrativo praticado, porém, ao final, acolheu uma preliminar e deixou de conceder a ordem. Era um momento de tensão e se temia o desrespeito à decisão pelo Poder Executivo, em virtude da ausência de instrumentos ao Poder Judiciário para fazer cumprir, por si só, suas decisões. A genialidade do precedente reside na habilidade política em não desmoralizar institucionalmente a Suprema Corte e fixar os limites para sua atuação futura.

O argumento de Marshall é de uma lógica irrefutável, sob premissa da rigidez constitucional:

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura.” (apud POLETTI, 1995, p. 33-34)

Essa sistemática foi importada para o direito brasileiro, até acompanhada de alguns outros institutos, como a cláusula de reserva de plenário, inspirada no

full bench norte-americano, porém sem a devida adaptação para que pudesse operar com eficiência e efetividade. Assim é que, a despeito da adoção do controle difuso e concreto, não se incorporou ao direito brasileiro a categoria do precedente vinculante, orientada pela doutrina do *stare decisis*. Mantendo em vigor categorias próprias da *civil law* incompatíveis com a modalidade de controle difuso e concreto, o resultado foi a criação de um modelo irracional, de decisões divergentes sobre a mesma matéria, além da multiplicação de casos repetitivos.

Cappelletti alerta que

“a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à conseqüência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, não a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros ‘contrastes de tendências’ entre órgãos judiciários de tipo diverso.”
(CAPPELLETTI, 1992, p. 77)

No Brasil, em vez de se prover o sistema da adaptação necessária, preferiu-se, em vista dos inconvenientes surgidos, instituir o procedimento hoje previsto no artigo 52, X, da Constituição Federal, de comunicar o STF ao Senado Federal o julgamento pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle difuso para que este lhe determine a suspensão, no todo ou em parte. O problema é que essa comunicação não vincula o Senado Federal, que exerce discricionariamente a competência instituída pelo artigo 52, X, conforme precedente do próprio STF e posicionamento daquele (MORAES, 2000, p. 254), de certo modo transpondo a apreciação jurisdicional já conclusiva para o plano da conveniência política.

O posicionamento constitui uma aberração tanto do ponto de vista institucional quanto lógico-formal, inclusive subvertendo o argumento irrefutável de Marshall. Em outras palavras, no Brasil se criou, sim, o meio-termo, de um Poder Legislativo que, num sistema de constituição rígida, pode se recusar a suspender a execução de lei ou ato normativa já declarada inconstitucional. O

mais grave é que o posicionamento conta com a aquiescência do STF, que terminou por anular materialmente o exercício de sua própria competência de controlar, em caráter repressivo, a constitucionalidade.

Isso decorre de interpretação equivocada do princípio da separação dos poderes, sob uma visão mais formalista e menos institucional, como se nenhum deles pudesse ser jamais obrigado a agir ativamente sob interferência de outrem. Ora, o princípio da separação dos poderes permanece, em evolução à teoria que se tornou célebre em Montesquieu, justamente com o objetivo de se promover o *checks and balances*, o necessário equilíbrio na função pública. Daí porque, no exercício desta, os poderes se controlam reciprocamente, interferindo, sim, entre si, no outro, cada um no seu espaço institucional. E, no que se refere ao controle repressivo e jurisdicional de constitucionalidade, esse espaço institucional é do Judiciário e não do Legislativo, cabendo a este apenas formalizar a decisão.

Esse respeito institucional é facilmente visível em Estados de democracia consolidada. Na Inglaterra essa verificação se torna ainda mais interessante, porque, ao contrário do Brasil, a democracia se expressa mais material do que formalmente. Na Inglaterra, não se identifica a figura do Estado, senão a da Coroa, sendo o poder político exercido para o povo, porém em nome de Sua Majestade. O interessante é que se trata de um sistema que opera sem a existência de um direito público formal, mas apenas sob convenções constitucionais cuja coercitividade decorre apenas de uma força cultural intrínseca. Basta dizer que, na história da Inglaterra, desde a instituição do Parlamento, jamais o monarca recusou o nome indicado para Chefe do Gabinete, o Primeiro Ministro, embora lhe seja assegurada formalmente essa prerrogativa. É que, materialmente, essa constitui uma convenção constitucional democrática de respeito institucional à escolha do Parlamento.

3.3. CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO

Muito antes de Cappelletti, percebeu-se que o modelo norte-americano de controle difuso e concreto não se adaptaria muito bem ao modelo europeu. Daí porque, por muitos anos, o direito da *civil law* ou europeu continental permaneceu sem um modelo de controle de constitucionalidade devidamente sistematizado. O fenômeno, conforme já demonstrado, se explica filosófica e historicamente.

A primeira dificuldade se impõe pela legitimidade social e política que adquiriu o Parlamento, na Europa, como instituição destinada a impor limites

aos demandas dos governantes. Fruto do pensamento filosófico contratualista, a lei ganhou enorme prestígio como expressão da vontade geral, fortalecendo o Parlamento como expressão dessa vontade. Por outro lado, o contexto era de um Judiciário extremamente fragilizado e carente da confiança da população, até pelas ligações muito estreitas com a monarquia absolutista, ao ponto de, em alguns Estados, o Judiciário não ter sido contemplado com o monopólio da jurisdição, o que constituía uma segunda dificuldade. Nesse contexto se punha ainda uma terceira dificuldade: faltava aos juízes ordinários, por força da estrutura obsoleta e atemporal do Judiciário, a qualificação específica para exercer essa competência.

A conjugação desses fatores ensejou um espaço institucional pouco propício a uma tentativa de forjar, como se fez nos Estados Unidos, uma situação de confronto do Judiciário com os demais poderes e sobretudo com a possibilidade de êxito por aquele. Assim, diante da impossibilidade de os juízes ocuparem esse espaço, optou-se por construir um modelo distinto de fiscalização da constitucionalidade, exercitado por cortes constitucionais com competência especial para essa finalidade.

Esse modelo, concebido a partir dos escritos de Hans Kelsen, foi implantado inicialmente na Áustria, por meio da Constituição de 1920. Sob premissa epistemológica distinta da preconizada pela *judicial review*, não entendia ele como nula ou inexistente a lei contrária à constituição, senão que essa lei permaneceria válida enquanto não revogada por outra (*lex posteriori revogat priori*) ou excluída do sistema jurídico mediante um procedimento especial instituído naquela (CLÈVE, 2000). Como em Kelsen a legitimidade decorre do conceito de autoridade, somente a manifestação, pelo órgão competente, reconhecendo a invalidade da lei, possibilitaria a exclusão desta do direito positivo, estruturando o seu pensamento a partir do sistema jurídico como um todo.

Sob essa premissa, não faria sentido a instituição de um controle difuso, porque somente concentrando esse procedimento num único órgão seria possível determinar a retirada da lei inconstitucional do sistema jurídico. É que a modalidade difusa, dessa forma, teria a rigor o inconveniente de possibilitar que qualquer juiz efetuasse o controle de constitucionalidade, invalidando em si uma lei e, ao excluí-la do sistema jurídico, vincular inclusive as instâncias superiores. Assim, pensou Kelsen na instituição de cortes constitucionais para exercer de forma concentrada essa competência (*Verfassungsgerichtshof*).

Kelsen pensou num modelo incompatível com a fiscalização concreta de constitucionalidade, exercida em conflitos de interesses específicos e com a fi-

nalidade de equacioná-los. Essa circunstância lhe exigiu, concomitantemente, a concepção de um modelo também abstrato de fiscalização, com procedimentos distintos do processo tradicional de solução de litígios entre sujeitos.

Assim, na modalidade abstrata, o controle de constitucionalidade se dá mediante processo objetivo, distinto do subjetivo pela inexistência de uma lide subjacente e tampouco de partes. Pelo caráter abstrato, esse procedimento prescinde de contraditório (a regra *audi altera parte* não tem sentido pela simples ausência de teses contrapostas) e a eficácia das decisões transcende o conceito de limite subjetivo da coisa julgada, operando-se *erga omnes*.

A instituição do controle concentrado e abstrato no Brasil, dentro do processo histórico, decorreu de uma deficiência em como se estruturou o controle difuso e concreto, que desde o início careceu de um instrumento semelhante ao *stare decisis* com a finalidade de imprimir estabilidade ao sistema, evitando que decisões divergentes sobre idêntica matéria se propagassem, gerando insegurança e desigualdade. Não custa lembrar que a preclusão constitui importante instituto na dinâmica do direito processual civil e a perda de um prazo para recurso (preclusão temporal), por exemplo, pode ensejar uma situação de extrema injustiça material, o que é perigoso no plano da constitucionalidade.

Assim, pela estrutura judiciária brasileira, concentrou-se no STF a competência para exercer a fiscalização direta da constitucionalidade, através de vários institutos estabelecidos no texto constitucional: a ação direta de inconstitucionalidade (genérica), a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Ainda se trata de um modelo em evolução, com muitas de suas questões sem uma orientação mais precisa pelo STF. A argüição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo, é um instituto cuja abrangência permanece bastante indefinida (NOBRE, 2004), especialmente quanto ao conceito de preceito fundamental e ao seu âmbito de aplicação, inclusive quanto aos limites da subsidiariedade imposta pela Lei nº 9.882/99, semelhante ao recurso de amparo espanhol que, no entanto, tem incidência apenas na defesa de direitos fundamentais.

A questão do efeito vinculante também causa bastante perplexidade, inclusive porque o STF, sob a mesma interpretação formalista do princípio da separação dos poderes que permitiu ao Senado Federal exercer discricionariamente a competência que lhe é atribuída pelo artigo 52, X, da Constituição Federal, permanece com o posicionamento de que aquele não alcança a função

legislativa, senão apenas os demais poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2617 AgR/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. César Peluso. Brasília, 23 fev 2005), gerando absurdamente a possibilidade de julgamento repetitivos e, dependendo da composição do STF, possivelmente divergentes mesmo no controle concentrado e abstrato.

Se isso não bastasse, como se trata de um modelo em fase de consolidação, imperfeições empiricamente constatadas têm exigido o constante aprimoramento dos institutos, tal como ocorreu não há muito com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Sempre que isso acontece, constata-se um dado sociológico importante: a resistência às mudanças é tamanha, na doutrina e em alguns setores corporativos de algumas carreiras jurídicas, com o detalhe de que, em muitas situações se estabelecem premissas relativas a conceitos de direito privado, originários da legislação complementar e ordinária. Um dos focos de extrema resistência, até hoje, é o caráter vinculante no controle concentrado e abstrato, que muitos entendem inclusive insuscetível de emenda, sob o fundamento de violação da independência do juiz.

É possível verificar também absoluta incompreensão quanto à necessidade de se instituir mecanismos de comunicação entre os dois modelos constitucionalmente admitidos, que não devem permanecer desarticulados e estanques. Como o controle misto é fruto de um processo histórico, a providência que se afigura mais correta é a de aprimorar o que foi construído e não de abolir o que se obteve nessa evolução para, incorrendo no mesmo erro do passado, importar outros novos modelos do direito estrangeiro que não se adaptem à realidade constitucional brasileira.

Moraes cita Jorge Miranda para ressaltar a importância de manutenção da tradição jurídica de um país para, de forma contextualizada, defender a necessidade de aprimoramento do sistema brasileiro e não a importação de figuras do direito estrangeiro ou extinção de modalidades existentes, com ênfase, nesse ponto, quanto ao controle difuso e concreto que, para ele, deve ser “preservado e incentivado, uma vez que a idéia de afastar a aplicação de uma lei inconstitucional é ínsita aos magistrados brasileiros” (MORAES, 2000, p. 304).

4. O PROBLEMA DA FORMAÇÃO JURÍDICA

Os estudos de sociologia jurídica de há muito mostram, com preocupação, a deficiência do ensino no Brasil, seu excessivo formalismo e seu reflexo social bastante prejudicial ao aprimoramento das instituições democráticas e à

busca do desenvolvimento, pelo menos naquilo em que o Poder Judiciário e as funções essenciais à Justiça podem contribuir para essa finalidade (SOUTO, 2003). Assim, o jurista recebe uma formação mais dogmática e conceitualista e menos zetética e substantiva, o que dificulta o exame da ordem jurídica de maneira mais coerente e sistemática, torna reducionista a análise do direito posto e inviabiliza qualquer construção interpretativa efetivamente publicista. Na linguagem coloquial, o jurista brasileiro se preocupa mais com o varejo do que com o atacado.

Esse formalismo, no direito público, tem conseqüências extremamente preocupantes, pois torna o jurista brasileiro inapto para um correto exame do dado da realidade antes da determinação da norma jurídica aplicável. A norma se transforma num fim em si, aplicada num plano excessivamente abstrato, resultando que as instituições brasileiras não conseguem equacionar a contento os conflitos sociais que surgem em seu seio, a ponto de se instituírem ordens paralelas (e ilícitas), à margem do Estado, de solução de conflitos, especialmente nos bolsões de pobreza, em prejuízo da estabilidade social.

Essa característica está tão arraigada à formação do jurista brasileiro que, a despeito da existência de inúmeros estudos em que se expõe essa preocupação e são elencados instrumentos para rompimento desse paradigma, ele não consegue se desvencilhar desse padrão cognoscitivo. Daí porque, no Brasil, a questão da força normativa dos princípios e sua aplicação através do critério da ponderação, embora apregoado aos quatro cantos, em decisões judiciais, em artigos doutrinários e em peças processuais produzidas pelas diversas carreiras jurídicas, ainda sofre algum preconceito quando aplicada a casos concretos. Nos Estados Unidos da América, com o pragmatismo característico da filosofia jurídica e a atenção sempre voltada aos anseios da sociedade (*legal realism*), a força normativa dos princípios se incorporou naturalmente à sistemática da *judicial review*, sendo aplicada de há muito pelo Judiciário, mesmo na determinação positiva de condutas aos jurisdicionados (*case Brown vs. Board of Education*).

Essa característica do direito brasileiro se agrava no controle de constitucionalidade das leis, em que é impossível, não apenas pelo caráter publicístico como pela forte conotação política, aplicar meramente o critério subsuntivo tradicional de aplicação da norma. O interessante é que, na Europa, como já se disse, o controle concentrado e abstrato foi instituído, dentre outras razões, pela falta de qualificação dos juízes ordinários para a fiscalização da constitucionalidade. No Brasil, no entanto, essa característica de formalismo curiosamente é

vista com mais frequência principalmente nos tribunais superiores, especialmente no STF, um dos tribunais mais conservadores do país.

Já foi mencionado aqui o problema da abrangência do princípio da separação dos poderes, com reflexos importantes na efetividade do controle de constitucionalidade. A interpretação reducionista do princípio, conforme já demonstrado, configura desserviço ao aprimoramento do modelo de controle de constitucionalidade, possibilitando, por exemplo, que o Senado Federal se recuse, sob critérios políticos de conveniência e oportunidade, a suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e concreto, assim como que, na declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato, o efeito vinculante não atinja a função legislativa.

Para demonstrar que a análise é reducionista, basta retomar o argumento de Marshall sobre o meio-termo: se não se confere efetivo cumprimento, num caso ou em outro, à declaração de inconstitucionalidade pelo STF, é porque a constituição não está em posição hierárquica de superioridade em relação às leis em geral, ou então simplesmente porque não se a observa, ou porque não se respeita a autoridade do STF. Ressalte-se que, para Kelsen, é o princípio da autoridade que determina a validade e a invalidade de uma lei diante da constituição. No caso, então, o que substancialmente ocorre não é a preservação da independência do Legislativo, que fundamentalmente não se justifica, senão a anulação indireta da competência do STF.

O formalismo está arraigado na própria estruturação do sistema. Não fosse ele, sequer haveria a necessidade de um controle misto, bastando que se aprimorasse o controle difuso e concreto inicialmente instituído. É verdade que o dogmatismo decorre de certo modo do normativismo dos sistemas da *civil law*, influenciados pela ampla propagação da filosofia positivista na Europa. Entretanto, a característica do dogmatismo, do normativismo formalista, é bem mais presente no Brasil.

É com base nesse formalismo que se procura justificar racionalmente a existência de um controle (misto) em que, dependendo apenas do procedimento aplicável, uma determinada decisão proferida rigorosamente pelo mesmo colegiado terá efeitos distintos, sem qualquer possibilidade de articulação entre os dois procedimentos. No sistema brasileiro, a jurisdição constitucional está a serviço do processo, e não o contrário, numa absurda inversão de valores.

Com efeito, sob qualquer raciocínio a partir de postulados de direito público, em que, pela abrangência coletiva de suas categorias e institutos, o conteúdo das decisões, mesmo no processo individual, normalmente transcende a

esfera de interesse das partes litigantes, não se justifica filosoficamente que o plenário do STF declare a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) de uma lei ou ato normativo e os efeitos sejam fixados apenas conforme o procedimento aplicado, mesmo em sistemas de controle misto.

Ainda que se trate de um controle misto, um mecanismo de comunicação entre as duas modalidades, tal como no direito português, é absolutamente necessária, não apenas por questões de coerência interna do sistema, mas também por questões de isonomia e segurança jurídica, assim como para que, simplesmente, os órgãos jurisdicionais não se obriguem a perder seu tempo com questões já amplamente discutidas, em evidente desperdício de recursos públicos, materiais e humanos.

5. IMPORTAÇÃO INDISCRIMINADA DO DIREITO ESTRANGEIRO

O problema do formalismo se alia ao da importação indiscriminada de categorias e institutos jurídicos do direito estrangeiro. É que o jurista, deparando-se com eles, imprime-lhes a mesma análise reducionista e nada substantiva, sem a percepção de que seu enquadramento no direito positivo brasileiro depende de algumas sistematizações. Essa postura assistemática, como enfatizado, resultou na formação de duas modalidades paralelas e não intercambiáveis, ensejando o controle misto atualmente em vigor.

Um exemplo bastante elucidativo dessa afirmação deu-se na incorporação do controle difuso e concreto, através da Constituição de 1891, sem nenhum mecanismo semelhante ao *stare decisis*, por absoluto e injustificado preconceito contra o precedente vinculante, sob o falso fundamento de violação à independência do juiz, que diz respeito à interpretação do caso concreto e a vinculação a teses jurídicas. O raciocínio, em última instância, conduziria ao absurdo de que a independência implicaria decidir o caso concreto segundo seu livre convencimento e independentemente de referencial normativo previamente concebido. Mesmo nos dias de hoje, em que algumas figuras afins ao *stare decisis* já podem ser encontradas no direito positivo e na jurisprudência brasileira, o preconceito injustificadamente ainda persiste.

É um equívoco pensar que o juiz decide por livre convencimento. Se assim fosse, sequer a norma lhe imporia amarras. O juiz decide os conflitos de interesses segundo padrões normativos previamente determinados que lhe são impostos, embora uns com maior abertura interpretativa, motivadamente, de modo a que se possa verificar justamente a compatibilidade da decisão com o

direito posto. A necessidade de motivação, uma exigência democrática para evidenciar a impessoalidade no exercício da função pública, deve ser observada pelo juiz inclusive no exame da prova, sem que isso implique violação a sua independência.

A independência do juiz no exercício da função é, portanto, limitada às imposições do direito positivo e à necessidade de fundamentar suas decisões. Do contrário, implicaria opressão, e não função pública. Assim, da mesma forma em que seu convencimento se limita às normas gerais e abstratas editadas na função legislativa, a atribuição de efeito vinculante ao precedente judicial, seja ou não em questão constitucional, não lhe implica violação à independência. Trata-se de uma função pública, em que não se justifica, sob pena de excessiva pessoalidade, o comprometimento com teses jurídicas. A escolha da resposta correta a determinada questão não passa pelo espírito do pensamento individual do juiz. É uma escolha do sistema, exercida sob competências.

Assim, do mesmo modo em que hoje se aceita o efeito vinculante no controle concentrado e abstrato, a despeito de permanecerem teses em sentido contrário, não existe nem jamais existiu obstáculo constitucional à adoção de mecanismos semelhantes ao *stare decisis* norte-americano, que, aliás, se pratica por lá sem qualquer previsão legal, por uma postura pragmática de entender de que o juiz exerce uma função estatal, de que se trata da resposta do Estado a uma determinada questão, e não uma atividade científica de aplicar aquilo que lhe parece a verdade. Para o juiz norte-americano, é mais fácil separar, no discurso, a lógica deontica da lógica alética.

Assim, o problema da importação indiscriminada de institutos do direito estrangeiro remonta à origem do controle de constitucionalidade no Brasil. O interessante é que, quando da entrada em vigor da Constituição de 1891, sequer o Código Civil de 1916 era vigente e, além do Código Comercial de 1850, as relações de direito privado eram reguladas pelas Ordenações Filipinas, que já estavam revogadas até em Portugal (MAZZEI, 2004). O Brasil então ainda discutia como sistematizar o direito privado sob a égide do individualismo, o que demonstra como o contexto de importação da idéia não era favorável a uma melhor sistematização.

A questão é que os anos se seguiram e o conservadorismo permaneceu impedindo o avanço até do direito público, quiçá do modelo de controle da constitucionalidade. Isso, infelizmente, predomina até hoje, porque a reforma do ensino ainda não conseguiu contemplar por completo, apesar da evolução, a mudança de paradigmas, assim como porque as universidades, e especialmente

os cursos de direito, permanecem herméticos e alijados dos reclamos da sociedade, preocupados mais com a produção intelectual voltada para uma satisfação de cunho subjetivo.

Há exemplos recentes de importação de figuras do direito estrangeiro que têm gerado perplexidade por um falta de adaptação às estruturas do direito interno. Um deles é a regulação da argüição de descumprimento de preceito fundamental, com a Lei nº 9.882/99. Inspirada em institutos afins do direito estrangeiro, como a queixa constitucional alemã, o recurso de amparo espanhol e o amparo mexicano (NOBRE, 2004), a argüição de descumprimento de preceito fundamental permanece indefinida e quase incompreensível. Primeiro, não há previsão segura quanto ao conceito de preceito fundamental, que o STF tem delimitado caso a caso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1 QO/RJ. Rel. Min. Néri Da Silveira. Tribunal Pleno. Brasília, 03 fev 2000). Depois, em função do veto do artigo 2º, II, da Lei nº 8.882/99, a aplicação do instituto se tornou bastante restrita, considerando o caráter da subsidiariedade, abrangendo praticamente apenas o controle concentrado e abstrato pelo STF de leis e atos normativos municipais e pré-constitucionais, previstos na lei ordinária que regula o procedimento, porém não no texto da Constituição Federal⁷.

⁷ O inciso II previa a legitimidade de “II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” para ajuizar a argüição de descumprimento de preceito fundamental. O curioso é que o presidente da República, inexplicavelmente, deixou de vetar também o § 1º, que constituía norma subsidiária em relação ao inciso II (“§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”). As razões de veto foram as seguintes: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público”.

6. INDEFINIÇÃO FILOSÓFICA E INCOERÊNCIA DO SISTEMA

O formalismo e a importação assistemática de institutos do direito estrangeiro ensinaram, no direito brasileiro, situações não apenas de absoluta falta de coerência no sistema, especialmente das modalidades de controle entre si, mas também de verdadeira contradição entre proposições, indo de encontro, pois, até mesmo a postulados da lógica formal. Essa característica parece mais evidente no âmbito do controle difuso e concreto, até por uma histórica aversão acadêmica ao direito norte-americano, de perfil mais pragmático e menos racional, cujo processo criativo é protagonizado mais propriamente pelos juízes na práxis. O direito norte-americano é menos concebido como ciência e mais como fenômeno social.

A primeira indefinição no controle difuso remonta à própria origem, na Constituição de 1891. O preconceito em relação ao precedente vinculante ou alguma categoria ou instituto que se lhe assemelhasse terminou por criar um modelo irracional de repetição de julgamentos sem absolutamente nenhuma preocupação com a uniformidade. Se existem ressalvas à adoção de figura similar, mais adequado teria sido abandonar o controle difuso e concreto e incorporar apenas o concentrado e abstrato, isso após sua consolidação na Europa a partir da primeira metade do século XX.

Entretanto, a mesma indefinição, agora no controle concentrado e abstrato, impediria que se resolvesse o problema. É que a resistência à previsão do efeito vinculante, que ainda hoje ocorre nos mais diversos foros de debates, conduziria ao mesmo círculo vicioso, porque o juiz poderia determinar, da mesma forma, a aplicação da lei declarada inconstitucional. O efeito vinculante é da natureza do controle concentrado e abstrato, pela circunstância da validade. Declarada inválida uma lei, na perspectiva de Kelsen, não haveria como se determinar posteriormente sua aplicação, pois, em sua teoria, os conceitos de incidência e validade terminam se confundindo. Assim, se o efeito vinculante é inconstitucional, também o é o próprio controle concentrado e abstrato.

Em função das particularidades respectivas, o argumento não se transporta diretamente ao controle difuso e concreto, mas serve como premissa para afastar o fundamento de que a independência do juiz impediria o precedente vinculante. Desse modo, não existe nenhuma razão para entender inconstitucional o instituto da súmula vinculante criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, mediante acréscimo da Constituição Federal, do artigo 103-A.

No controle difuso e concreto, como a fiscalização da constitucionalidade não constitui propriamente o objeto da atividade jurisdicional, sendo efetuada

por via de exceção, o efeito primordial é reconhecer incidentalmente a nulidade da lei ou ato normativo contrário à constituição e afastar a respectiva incidência no caso concreto, sem que se determine, em caráter abstrato, a respectiva invalidação e consequência retirada do sistema jurídico. O efeito se restringe ao conflito de interesses a ser solucionado. Todavia, embora o efeito vinculante não lhe constitua traço essencial, pela circunstância de permanecer a lei ou ato normativo formalmente no sistema jurídico, não existe óbice a que seja adotado.

De fato, como dito, se a independência do juiz consistisse em impedimento à adoção do efeito vinculante, também o seria em relação ao controle concentrado e abstrato, que, de uma forma ou de outra, implica, tal como no difuso e concreto, o exercício material da jurisdição constitucional pelo STF, ou seja, o exercício da mesmíssima competência, apenas sob procedimentos distintos. Repita-se, o procedimento não pode ser a pedra de toque como fator de discriminação, sob pena de, depois de tantas advertências, invocar-se mais uma vez o discurso formalista.

É interessante ressaltar que, mesmo no processo civil, com a evolução da teoria da ação e sua crescente publicização, culminando com a incorporação da teoria abstrata na Constituição Federal de 1988, não mais se vincula a pretensão deduzida a um determinado procedimento específico (CINTRA, 1997), daí a predominância cada vez maior no foro de ações sob o procedimento ordinário ou sob procedimentos especiais assim caracterizados por pressupostos alheios à natureza da pretensão. Mesmo no direito inglês, cujo sistema de *common law* se estruturou sob os *writs* e não sobre os direitos materiais por estes tutelados, posteriormente se verificou a necessidade de buscar instâncias alternativas para equacionamento de conflitos insolúveis por aquela, ganhando relevo, em virtude dessa exigência social, o sistema de *equity law* (DAVID, 2000).

Por outro lado, a indefinição ultimamente tem se tornado bastante visível na própria legislação ordinária. O exemplo é um enunciado instituído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001, que acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 741, parágrafo único, dispondo que se considera “também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

O enunciado é bastante incisivo e literalmente estabelece um efeito vinculante indireto no âmbito do processo executivo, mediante o reconhecimento da inexigibilidade do título judicial e conseqüente nulidade da execução, e o interes-

sante é que não há restrição quanto à modalidade de controle, caracterizando o instituto como bastante assemelhado ao *stare decisis*. Desse modo, por um lado, existe a previsão legal de um controle indireto na execução, mas de outro, ao adotar a súmula vinculante, instituiu-se um requisito extremamente rígido para sua determinação no caso concreto. O sistema não se define em suas diretrizes.

Não há sentido, sob pena de se recair novamente no formalismo, em se submeter a aplicação do preceito à dependência do procedimento em que atuar o STF no exercício da jurisdição constitucional, concentrado-abstrato ou difuso-concreto. Esse é um importante instituto, tal qual a súmula vinculante, para viabilizar a comunicação entre as duas modalidades de controle, de modo que a manifestação do STF quanto a questão constitucional deve ser preservada em ambos os casos, por segurança jurídica e isonomia.

Mais um exemplo dessa indefinição de diretrizes reside no entendimento de que a súmula nº 343 do STF⁸ não se aplica quando a matéria de fundo tiver cunho constitucional, isto é, quando decorrer do exercício da jurisdição constitucional. Assim, a jurisprudência do STF relativizou a hipótese de incidência mais restrita da súmula, para dela excetuar a questão constitucional, de modo a ampliar a abrangência do controle. O fundamento suscitado pelo STF é o de que “a manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 328812 AgR/AM. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 dez 2002). Utiliza-se, no precedente, um argumento meramente processual, mas, substancialmente, trata-se também de uma espécie de efeito vinculante indireto numa demanda com trânsito em julgado e sem enquadramento direto na hipótese de incidência da rescisória, porque, evidentemente, o STF somente julgará procedente o pedido se a violação constitucional efetivamente existir, conforme seu próprio posicionamento.

Por fim, mais um enorme problema de falta de articulação e incoerência entre as modalidades decorria de um posicionamento do STF segundo o qual somente os legitimados para a ação direta, enumerados no artigo 103 da Constituição Federal, poderiam ajuizar reclamação constitucional para fazer valer decisão proferida em controle concentrado e abstrato (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 518 QO/BA. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Bra-

⁸ Súmula 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

sília 14 ago 1997). O problema é que os beneficiários da decisão, pela eficácia geral, normalmente eram terceiros não legitimados para o controle por via de ação. Assim, a decisão do STF muitas vezes resultaria sem efetividade e obrigaria o interessado a mover ação individual para discutir a mesma questão, com a prévia tramitação em todas as instâncias inferiores. Felizmente, o STF, posteriormente, modificou o posicionamento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2143 AgR/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso De Mello. Brasília, 12 mar 2003), hoje entendendo que o interessado referido na Lei nº 8.038/90 pode ser qualquer particular lesado pelo descumprimento.

São muitos os exemplos de indefinição filosófica e incoerência do sistema, cujo estudo exigiria um trabalho bem mais aprofundado, decorrentes do formalismo e do simples preconceito – cientificamente injustificado e logicamente inconcebível – dos juristas brasileiros em relação a algumas estruturas e interpretações. É verdade que os exemplos expostos mostram que a indefinição decorre da relação dialética entre avanço e resistência, gerando, no plano legislativo e jurisdicional, posturas e diretrizes que se chocam entre si, o que constitui indício de que os paradigmas conservadores podem estar se rompendo.

7. CONCLUSÃO

Sintetizando, enfim, as provocações suscitadas na introdução, é possível afirmar, sob a fundamentação desenvolvida neste trabalho, que a instituição de um controle misto decorre de um processo histórico de construção desarticulada de duas modalidades paralelas de controle de constitucionalidade. Introduzida inicialmente a modalidade difusa e concreta, esta, por não se ter atentado quanto à necessidade de figuras afins ao *stare decisis* norte-americano, terminou insuficiente diante da circunstância da repetição de matérias constitucionais no foro, a receberem muitas vezes tratamento desigual, em prejuízo da segurança jurídica e da isonomia.

No entanto, em vez de procurar aprimorar o controle difuso e concreto, o direito positivo passou a incorporar, de forma assistemática, figuras em voga no direito continental europeu, tão apreciado pelos cientistas do direito no Brasil. Findou-se instituindo um controle misto de constitucionalidade, com categorias e institutos tanto da modalidade difusa e concreta quanto da concentrada e abstrata. Portanto, o controle misto não surgiu como uma estrutura pensada racionalmente. Surgiu da acumulação de experiências, às quais, aos pouco, se tem procurado imprimir um perfil mais sistematizado, mais racional.

Nenhuma das modalidades prevalece diante da outra. Ambas coexistem no sistema, cada qual no seu espaço material de incidência. O grande problema é que, para que os sistemas convivam sem prejuízo da efetividade, é absolutamente necessário que se estabeleça sua intercomunicação, o que viabilizaria a simplificação do sistema, com respostas mais efetivas e menos onerosas para soluções dos tantos reclamos da sociedade brasileira.

A crescente adoção do efeito vinculante nas decisões proferidas pelo STF (inicialmente no controle concentrado e abstrato, mas, aos poucos, também no difuso e concreto) é um bom exemplo de racionalização, pois constitui importante instrumento para coibir a multiplicação de demandas repetitivas, nas quais a cognição é praticamente nula, porque já incessantemente apreciadas pela jurisprudência, abarrotando o serviço judiciário, que se torna ineficiente econômica e socialmente.

O estudo demonstrou dialeticamente como se encontra esse processo evolutivo, a partir da tensão entre avanços pontuais e a resistência muito forte de setores conservadores de várias esferas. Essa tensão tende a ser importante para suscitar o debate e definir os limites de interpenetração entre as duas modalidades. Lamentavelmente, esse processo termina sendo mais lento em função da deficiência na formação, mas, gradualmente, os obstáculos vêm sendo superados.

Demonstrou-se, assim, que não é necessário romper com o modelo vigente. Basta que se o aperfeiçoe. O rompimento ensejaria novamente instabilidade. O modelo deve ser endogenamente eficiente e exogenamente seguro, operando da maneira menos onerosa e focado na excelência do serviço a ser prestado à população. Dessa forma, o sistema estará finalmente apto a recuperar a legitimidade social e política. O aprimoramento da sistemática de vinculação de precedentes do STF, reduzindo o tempo de tramitação de processos e conferindo segurança à resposta estatal, parece ser um bom caminho na busca por um controle (misto) de constitucionalidade mais legítimo.

8. BIBLIOGRAFIA

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

BALLE, Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. São Paulo, LAEL, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília, Ed. Polis, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* Teoria Geral do Processo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrato da constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DANTAS, Ivo. Constituição & processo. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional no direito brasileiro. Porto Alegre: SAFE, 2000.
- DAVID, René. O direito inglês. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FAVOUREU, Louis. As cortes constitucionais. São Paulo: Landy, 2004.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LOTUFO, Renan. Curso avançado de direito civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MADISON, James *et al.* Os artigos federalistas. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1993.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. In: ALVIM, Arruda *et al.* Comentários ao Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. IX-CXLVI.
- MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000.

- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: SAFE, 2004.
- PALU, Oswaldo Luiz. Controle da constitucionalidade. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- POLETTI, Ronaldo. Controle de constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000.
- SCHWARTZ, Bernard. O federalismo norte-americano atual. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOUTO, Cláudio. Ciência e ética no direito. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

