

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

DIEGO PIMENTA MORAES

**A REGULAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO PELA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

VITÓRIA

2012

DIEGO PIMENTA MORAES

**A REGULAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO PELA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Adriano Sant'Ana Pedra.

VITÓRIA

2012

DIEGO PIMENTA MORAES

**A REGULAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO PELA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em: _____.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra.
Orientador

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a)

Dedico a minha esposa. Meu maior presente
de Deus.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, acima de todas as coisas, porque sei que é Ele quem tem me sustentado e me guiado todos os dias e me possibilitando a realização desse sonho. Tudo que tenho é Teu, pois sei que és fiel.

Agradeço a minha família, que nunca deixou de me apoiar e sempre se esforçou para que meus sonhos pudessem virar realidade. Agradeço em especial a meu pai, Olinto Salvador Moraes, e a minha mãe, Irany Portes Pimenta Moraes, por tudo que me ensinam. Agradeço, ainda, aos meus tios, em especial à tia Katuti e à tia Rosa, pelo amor dedicado a mim.

Agradeço a minha esposa, Laira Schultz de Souza Moraes, que foi privada da minha presença em muitos momentos, nos quais tive que optar pela dedicação ao estudo. Seu carinho e compreensão fazem-me um ser humano melhor.

Agradeço ao Professor Dr. Adriano Sant'Ana Pedra, querido orientador, que generosamente me auxiliou na elaboração deste trabalho.

Agradeço a minha querida amiga Andreza Merçon Fernandes, quem mais me auxiliou e incentivou no desenvolvimento deste trabalho. Agradeço, ainda, pela amizade.

Agradeço aos demais amigos e colegas de sala e de faculdade. Sem sombra de dúvidas, esse pequeno tempo que passamos juntos marcou meu coração.

“Pois quem é que te faz sobressair? E que tens tu que não tenhas recebido? E, se o recebeste, por que te vanglorias, como se o não tiveras recebido?”

1 Coríntios 4.7

RESUMO

Nos Estados Contemporâneos, via de regra, o Poder Judiciário guarda a função de defender o primado da supremacia da Constituição. Um dos principais aparatos para o exercício deste mister são as ações de controle abstrato de constitucionalidade, instrumento da jurisdição constitucional por meio do qual um Tribunal Constitucional fiscaliza a compatibilidade de determinada decisão política ou legislativa com a Constituição. O Brasil, a exemplo de diversos países europeus, adota, desde 1965, um sistema de controle de constitucionalidade abstrato regido por um processo objetivo. A expressão “processo objetivo” designa, do ponto de vista da Justiça Constitucional, uma preocupação precípua de se garantir o respeito à Constituição e não ao interesse das partes. Ainda que o controle abstrato de normas tenha sido introduzido no ordenamento constitucional brasileiro na exegese da Constituição Federal de 1946 e ganhado *status* de principal mecanismo de fiscalização de constitucional com a Constituição de 1988, este avanço não foi acompanhado por uma satisfatória e sistemática construção legislativa do processo objetivo. É que as normas que regulam o processo objetivo (Lei n.º 9.868/99 e a Lei n.º 9.882/99) entraram em vigor apenas em 1999. Durante este período de inércia legislativa, o Supremo Tribunal Federal, movido pelo imperativo de garantir a supremacia da Constituição, delimitou o procedimento das ações de controle de constitucionalidade *in abstracto*. E essa atuação ativa de regulação do processo objetivo se deu por intermédio das técnicas de autocriação e heterorreferência. Ainda que a prerrogativa de criação de normas processuais, e, portanto, a de edição do processo objetivo, seja incumbência do Poder Legislativo, o ordenamento jurídico não impede que o Poder Judiciário regule o procedimento para as ações do controle abstrato de constitucionalidade. Os pressupostos da teoria dworkiana do direito como integridade dão azo à afirmativa de que o Supremo Tribunal Federal detém legitimidade constitucional para regular casuisticamente as normas do processo objetivo. Todavia, exsurge que tal possibilidade deve observar determinados limites. E esses limites à construção do processo objetivo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estão calcados, em primeiro lugar, na própria teoria do direito como integridade, que exige os pressupostos da casuística, da harmonia do sistema normativos, do uso apenas dos argumentos de princípios e não nos argumentos de

política; e, em segundo lugar, na doutrina de Waldron, para o qual a atuação do Poder Judiciário deve observar a legislação pré-existente.

Palavras-chave: Regulação do processo objetivo. Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades.

ABSTRACT

Generally, in the contemporary States, the Judiciary branch has the role of defending the supremacy of Constitution. One of the main apparatus for such exercise is the judicial review, which is a constitutional jurisdiction instrument used by the Constitutional Court to analyze the compatibility of certain political or legislative decisions regarding the Constitution. Since 1965, Brazil, as some European continental countries, adopted the Austrian system of judicial review, guided by an objective process. Based on the constitutional jurisdiction point of view, the expression objective process means a concern to ensure the respect to Constitution, not to ensure a specific part claim. Although such mechanism had been introduced in Brazilian legal system with the Constitution of 1946 and had been gained status of the main mechanism of constitutional supremacy controlling under the Constitution of 1988, this advance was not accompanied by a satisfactory and systematic regulation of objective process. This occurred because the rules which regulate it (Laws n. 9,868 and n. 9,882) entered into force only in 1999. During this period of legislative inaction, the Constitutional Court, moved by the need of ensuring the supremacy of the Constitution, constrained the procedure of the Austrian judicial review model. And such activism in regulating the objective process has been made through techniques of self-creation and hetero-reference. Even if the prerogative of creating procedural rules, and therefore the privilege of editing objective process, are under a legislative charge, the legal system does not prevent that the judiciary branch regulates the procedure of actions based in the Austrian model. The assumptions of Dworkinian theory of law as integrity lead to the claim that the Brazilian Supreme Court has the constitutional legitimacy to regulate case by case the rules of the objective process. However, such activity must observe certain limits, which are related to the construction of a objective process by the Brazilian Supreme Court case law. Such limits must observe, firstly, the law as integrity, which requires the assumptions of case by case law, the normative system harmony, and the use of arguments on principles, not on politics; and, secondly, following the theory of Jeremy Waldron, the judiciary branch has to observe the pre-existing legislation.

Keywords: Regulating the objective process. Brazilian Supreme Court. Limits and possibilities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EUA – Estados Unidos da América

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

Min – Ministro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 ELEMENTOS E BASES DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS COMO MECANISMO DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO	17
1.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	17
1.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	20
1.3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	23
1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	24
1.4.1 Escorço histórico do controle de constitucionalidade	25
1.4.1.1 O controle de constitucionalidade pela Suprema Corte dos EUA	26
1.4.1.2 Os modelos de controle de constitucionalidade	36
1.4.1.3 O controle de constitucionalidade no Brasil	38
1.5 O PROCESSO OBJETIVO	47
2 DE RONALD DWORKIN À JEREMY WALDRON: A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PARA REGULAMENTAÇÃO DAS LACUNAS DO PROCESSO OBJETIVO	55
2.1 A TEORIA DE RONALD DWORIN: SEGURANÇA JURÍDICA E ACEITABILIDADE RACIONAL	57
2.2 RONALD DWORKIN E AS BASES DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE	59
2.2.1 O ataque ao positivismo jurídico de Hart	61
2.2.1.1 Regras, princípios e políticas	62
2.2.1.2 O uso indevido da discricionariedade judicial	68
2.2.2 A cadeia do direito	69
2.2.3 O direito como integridade	72
2.3 JEREMY WALDRON E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO	78
2.3.1 A dignidade da legislação: limite expresso ao uso desmedido à discricionariedade judicial (aplicação desmedidas dos princípios)	80
3 A REGULAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO POR MEIO DA	

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	87
3.1 A COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO PARA A DISCIPLINA DO PROCESSO OBJETIVO	87
3.1.1 A teoria da separação dos poderes	87
3.1.2 O poder legislativo e a função de editar as normas processuais	91
3.2 AS NORMAS DO PROCESSO OBJETIVO	94
3.2.1 Autocriação e heteroreferência no processo constitucional	95
3.2.1.1 Autocriação	95
3.2.1.2 Heteroreferência	99
3.3 DA LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL PARA REGULAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO: POSSIBILIDADE E LIMITES	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

A Supremacia da Constituição e os meios de defesa desse primado constituem, sem sombra de dúvidas, os temas mais caros ao constitucionalismo contemporâneo. Com o advento dos estados constitucionais o poder até então exercido pelo soberano passou às mãos do povo, limitado, porém, por normas básicas oriundas de uma Constituição.

Nesse quadrante, a Constituição firmou-se como elemento fundante do Estado, que organiza e institui os Poderes, bem como estabeleceu os direitos fundamentais de determinada sociedade, fixando-se como vértice do ordenamento jurídico. Diante dessa premissa a Constituição ganhou papel de destaque, quer seja porque se materializou como instrumento que consagra os direitos e garantias fundamentais, quer seja porque estabeleceu os mecanismos constitucionais de controle e limitação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), a fim de garantir o exercício pleno e harmônico da democracia.

Diante de tal relevância, necessária se fez a instituição de mecanismos que garantissem a supremacia da Constituição. E um dos principais aparatos de defesa surgidos com esse propósito foi o controle de constitucionalidade, instrumento da jurisdição constitucional por meio do qual um Tribunal Constitucional fiscaliza a compatibilidade da determinada decisão política ou legislativa com a Constituição.

O Brasil, a exemplo de diversos outros países europeus, adota, desde 1965, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, um sistema de controle de constitucionalidade abstrato regido por um processo objetivo. Em termos práticos, a expressão “processo objetivo” designa, do ponto de vista da Justiça Constitucional, uma preocupação precípua de se garantir o respeito à Constituição e não ao interesse das partes.

No intuito de aprimorar o sistema abstrato de controle de constitucionalidade, a Constituição Federal de 1988 criou novas ações de controle abstrato de constitucionalidade, bem como estendeu o rol de legitimados à propositura dessas ações.

Todavia, o avanço na ampliação e consolidação do controle abstrato de constitucionalidade, não foi acompanhado por uma satisfatória e sistemática construção legislativa do processo objetivo. As normas que regulam o processo objetivo (Lei n.º 9.868/99 e a Lei n.º 9.882/99) entraram em vigor mais de 11 (onze) anos após a outorga da Constituição de 1988, se já não bastasse o fato de que antes da Constituição de 1988 a regulação do processo objetivo se dava por dispositivos esparsos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Durante este período de inércia legislativa, o que se observou foi que o próprio Tribunal Constitucional, movido pelo imperativo de garantir a supremacia da Constituição, delimitou o procedimento das ações de controle de constitucionalidade *in abstracto*. Como exemplos paradigmáticos, cita-se a adoção de medidas cautelares e a exigência da comprovação da pertinência temática.

O presente trabalho parte dessa constatação: o próprio Poder Judiciário, por intermédio das suas Cortes Constitucionais - no caso do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal - regulamentou alguns institutos processuais do controle abstrato de constitucionalidade.

Com efeito, a questão é: para fazer valer a sua prerrogativa e dever de controlar o primado da Supremacia da Constituição face às normas infraconstitucionais, o Tribunal Constitucional tem legitimidade para regulação do processo objetivo?

Essa questão é ainda incipiente, embora esteja bem assentada na doutrina constitucional contemporânea a legitimidade democrática do Poder Judiciário¹.

A elucidação da problemática apresentada consiste na análise do processo objetivo praticado no âmbito da justiça constitucional brasileira, destacando a atuação do

¹ A título de exemplo, cita-se as seguintes correntes doutrinárias que sustentam a legitimidade democrática do Poder Judiciário: (i) legitimidade de origem; (ii) legitimidade pela participação das minorias; (iii) legitimidade argumentativa; (iv) legitimidade e acesso à justiça e (v) legitimidade pela defesa dos direitos fundamentais (LOZER, Juliana Carlesso. **Democracia e controle de constitucionalidade**: A legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, 2004.). A questão aqui colocada é abordada com maestria na obra *Teoria da Justiça Constitucional* de André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.).

Supremo Tribunal Federal na regulação das normas do controle abstrato de constitucionalidade.

Destarte, com vistas a um melhor entendimento do tema em voga, o primeiro capítulo versa sobre os elementos e as bases do controle abstrato de normas como mecanismo de defesa da Constituição, passando pelo primado da supremacia da Constituição e pela origem histórica do controle de constitucionalidade, até culminar na formação das bases do processo objetivo no Brasil.

No segundo capítulo aborda-se o referencial teórico apto a oferecer as bases de resposta à problemática, qual seja, a doutrina do direito como integridade de Ronald Dworkin, fazendo, ainda, um contraponto como a importância e os limites traçados pela Legislação, segundo a diretriz de Jeremy Waldron.

No terceiro e último capítulo, analisa-se os limites e possibilidades da regulação do processo objetivo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com lastro nas doutrinas do direito como integridade e da dignidade da legislação. Ao longo deste capítulo, visando conferir aplicabilidade às premissas teóricas apresentadas, pretende-se demonstrar, por meio da análise de casos concretos, os limites e possibilidades da regulação do processo objetivo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O marco teórico da presente pesquisa, como já destacado, é a teoria do direito como integridade de Dworkin. Em linhas gerais, essa concepção é entendida como uma atitude interpretativa do direito, que possibilita ao intérprete, diante de casos difíceis (lacuna jurídicas), fazer com que o conteúdo do direito “não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”².

A pesquisa se valeu de três fontes: (i) jurisprudência, mediante análise de decisões judiciais que abordam e definem o processo objetivo; (ii) legislação que regula o tema, em especial, a Constituição e as leis 9.868/90 e 9.882/90; e (iii) bibliografia

² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 489.

científica, através de análise de obras jurídicas, revistas, monografias, teses, dissertações e artigos científicos do tema.

O método utilizado para os fins desta pesquisa é o dialético. O referido método é usado quando se pretende apontar a construção dos fenômenos a partir de suas contradições e ações recíprocas. É justamente o que se propõe a apresentar a presente pesquisa: uma análise do processo objetivo com vistas a verificar a sua transformação ao longo da história e a hipótese de (i) legitimidade de sua construção pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1 ELEMENTOS E BASES DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS COMO MECANISMO DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

1.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Com triunfo no século XIX, o constitucionalismo tem por objetivo pautar a atuação do Estado em um instrumento político rígido, que não sofra ingerências do legislador e que possibilite aos cidadãos a garantia de seus direitos e participação no processo de representação democrática.

A Constituição materializou a mencionada proposta política de limitação do poder estatal, estabelecendo suas bases de organização e, na lição de José Joaquim Gomes Canotilho, instituiu a estrutura fundante do Estado e da sociedade³.

Sob o ponto de vista material, a Constituição estabelece um projeto político elaborado e imposto pelos detentores do poder. Sob o aspecto formal, a Constituição se caracteriza por sua força jurídica superior àquela contida nas demais normas do ordenamento jurídico.

Esse aspecto revela a supremacia da Constituição enquanto texto normativo cujo escopo é a unificação das normas legais que integram a norma jurídica, a estabilidade das relações sociais e a identificação das finalidades do Estado⁴.

Em termos práticos a supremacia normativa da Constituição se expressa, basicamente, de duas maneiras. A primeira, por manifestação expressa da cláusula de supremacia, tal como ocorre na Constituição dos Estados Unidos da América. E a segunda, de maneira implícita, deduzindo-se da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, em especial, aqueles que preveem imutabilidade, rigidez, limitação ao poder de reformar, entre outros.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48.

⁴ MORAES, Guilherme Peña de. **Teoria da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 69-70.

Vale destacar que independentemente da forma de manifestação a supremacia normativa da Constituição existe porque reflete a base normativa que organiza os Estados Modernos.

A relevância das atribuições insertas do texto constitucional garante sua fixação no vértice do ordenamento jurídico. Enquanto texto normativo estruturante, a preocupação com a defesa do Estado (constitucional) transmudou-se para a defesa da própria Constituição. Essa imbricação está claramente presente na lição de Garcia Pelayo:

Se o Estado existe enquanto atua como unidade, e o que converte em unidade estes atos estas funções é essa estrutura constitucional, é claro a expressão da unidade e existência do Estado é a constituição.⁵

Os Estados modernos, ao adotar a Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico, perceberam a necessidade de garantir a sua observância e cumprimento.

A pacificação da necessidade de se criar instrumentos para a defesa da Constituição fez surgir num primeiro momento dúvidas acerca do cabimento da responsabilidade de defesa da supremacia constitucional. Sendo, pois, a Constituição um corpo de leis obrigatório, a quem caberia a sua defesa? Quem seria seu guardião?

As possíveis respostas apontadas pela doutrina giraram em torno dos poderes instituídos, a saber, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Os argumentos favoráveis ao Poder Legislativo como guardião natural da supremacia constitucional defluem do fato de que as autoridades legislativas aplicam a Constituição tanto quando concretizam os programas constitucionais, quanto quando pautam-se nos limites nela estabelecido para o exercício da legislatura.

⁵ GARCIA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. 6. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1961. p. 105.

A defesa da Constituição exclusivamente pelo Poder Legislativo encontra óbice no forte risco de abuso, afinal de contas, nesse quadrante, a vontade do legislador seria transformada em vontade constitucional. Ele seria juiz em causa própria.⁶

Hodiernamente, o modelo de guarda exclusivo da Constituição pelo Poder Legislativo é adotado em pouquíssimos países, tais como os Países Baixos - que proibem a fiscalização da constitucionalidade pelo Judiciário (e, implicitamente, pelo Executivo) -, Cuba e Inglaterra.⁷

Sob outro aspecto, surge a hipótese de guarda da Constituição pelo chefe do Poder Executivo, que também exerce o papel de chefe de Estado. A adequação ganha contornos quando considerados seu dever e capacidade de fazer respeitar o texto normativo supremo, conforme defende Schmitt, no célebre embate com Kelsen⁸.

Por fim, o Poder Judiciário apresenta-se como o guardião mais importante entre todos os possíveis, com base em uma razão específica: cabe aos julgadores decidir definitivamente sobre controvérsias em relação à interpretação e aplicação do direito. Essa é sua função, devendo decidir sobre controvérsias relacionadas à manutenção da hierarquia normativa e resolvendo dúvidas sobre a constitucionalidade de normas.⁹

A compreensão do Poder Judiciário como guardião da Constituição se sedimentou na doutrina e prática constitucional, de modo que se criou um ramo específico para seu estudo: a jurisdição constitucional.

Sem embargo da preponderância do poder judiciário como guardião da Constituição nos textos constitucionais modernos, é conveniente destacar a disputa de espaço e funções entre os poderes instituídos é questão sempre atual. O embate entre os

⁶ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 85.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 22.

⁸ O debate entre Hans Kelsen (KELSEN, Hans. **Quien debe ser el defensor de la Constitución**. Madrid: Tecnos. 1995) e Carls Schmitt (SCHMITT, Carls. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos. 1998) acerca de quem deveria ser o defensor da Constituição. Para Schmitt o defensor deveria ser o presidente do Reich. Kelsen, refutando os argumentos do nazi-jurista, apostava na jurisdição constitucional desempenhada pelo Tribunal Constitucional.

⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 23.

poderes instituídos ao redor de uma nova atribuição ou mesmo em torno de os seus limites é o pano de fundo desta dissertação.

Afinal, a pesquisa aqui projetada analisa se o Poder Judiciário, na figura do seu órgão de cúpula, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, age dentro dos seus limites constitucionais ao estabelecer procedimentos que regulem direta ou indiretamente o processo abstrato de controle de constitucionalidade. E essa questão, cumpre assinalar, não deixa de ser objeto caro à jurisdição constitucional, tema abordado adiante.

1.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Não há consenso sobre o alcance da expressão “jurisdição constitucional”. A abordagem mais comum aponta para um conceito abrangente no qual o termo é apropriado para designar o estudo de todos os mecanismos de proteção e defesa da Constituição.

Apesar de atraente, esta concepção, por demais genérica, impede a real compreensão do tema, ou, como bem observou André Ramos Tavares, “essa construção, dada a sua latitude, inviabiliza-se metodologicamente, por não sublinhar qualquer particularidade para o seu estudo.”¹⁰

Não se pode admitir que qualquer cumprimento, defesa, ou promoção da Constituição, seja definido como exercício de jurisdição constitucional. É preciso mais. Jurisdição constitucional é conceito que, no mínimo, prescinde de um paralelo com sua etimologia.

Ressalta-se que a análise etimológica do termo não é saída para o problema da falta de consenso, todavia, é um primeiro passo para delimitá-lo. Na delimitação

¹⁰ TAVARES, André Ramos, 2005, p. 146.

conceitual oferecida por Liebman, a jurisdição, na qualidade de expressão de soberania estatal, é “capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”.¹¹

Assim, etimologicamente falando, a jurisdição constitucional deve ser encarada como espécie de competência estatal para interpretar com caráter de definitividade as normas aplicáveis a um caso concreto em análise.¹²

Para além da etimologia, a jurisdição constitucional tem sido trabalhada para identificar a parcela de atividade pela qual se realiza jurisdicionalmente (consoante um método jurídico-processual) a proteção da Constituição em todas as suas dimensões.¹³ Os diversos estudos sobre Jurisdição Constitucional abrangem todas as formas de procedimentos jurisdicionais, que tem como objetivo precípuo garantir a observância da Constituição. A jurisdição constitucional está vinculada ao poder que tem os juízes de controlar e interpretar a supremacia da Constituição nacional, qualquer que seja a instância ou foro ao qual pertençam.¹⁴

A função da garantia da Constituição, desempenhada pela Jurisdição Constitucional, objetiva manter a coerência do ordenamento jurídico vigente, mediante a vivificação do Direito Constitucional. Manifesta-se, especificamente, nas questões relativas à manutenção da interpretação e da unidade política do Estado, à preservação das minorias contra a tendência totalizante da maioria e na defesa do exercício dos direitos fundamentais.

Com efeito, o fundamento de existência da jurisdição constitucional reside no fato de que nos regimes democráticos garantir a Constituição representa a estabilidade das regras de convivência política e a limitação de poder. Portanto, a estruturação de uma teoria da Justiça Constitucional procura assinalar e ressaltar o princípio da unidade da Justiça Constitucional que, na realidade, nada mais é do que a aplicação intransigente do postulado da unidade da própria Constituição.

¹¹ LIEBMAM, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro, 1985. vol. I, p. 3.

¹² COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação Conforme a Constituição**: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade. São Paulo: Método, 2007. p. 51.

¹³ TAVARES, André Ramos, 2005, p. 144.

¹⁴ JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999. p. 02.

Assim, a jurisdição constitucional apresenta-se como um elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, por ter como função precípua garantir a Constituição através da realização e concretização do Direito Constitucional. Sua função é essencial na defesa dos direitos e liberdades fundamentais, bem como na preservação da ordem jurídica democrática.

Urge destacar que a jurisdição constitucional se distingue das outras espécies de jurisdição por uma sucessão de fatores, em especial, em razão da sua natureza original, considerada poder constitucional e pelo seu caráter político. A especificidade da Jurisdição evidencia-se pelo equilíbrio e harmonia existente entre os aspectos técnico-jurídicos e político-institucionais. O aspecto técnico-jurídico manifesta-se do ponto de vista passivo em razão da função de juiz da Constituição; o aspecto político-institucional exterioriza-se do ponto de vista ativo através da distribuição dos poderes de eleição e nomeação dos juízes constitucionais.^{15 16}

A jurisdição constitucional tem como essência a defesa da Constituição sob todos os seus aspectos, conquanto operada por um tribunal (exercício de jurisdição). Neste quadrante, especial relevo tem sido conferido à atividade de controle da constitucionalidade das leis. A propósito do tema, aponta André Ramos Tavares que:

É comum o emprego da expressão “jurisdição constitucional” para designar a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica.¹⁷

Em 1788, ao comentar a Constituição em sua obra *The federalist*, Alexandre Hamilton assentou as bases da revisão das leis pelo Poder Judiciário:

A interpretação das leis é incumbência própria e peculiar dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles compete, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei proveniente do corpo legislativo. E, se ocorrer entre as leis alguma discrepância, deve preferir-se, como é natural, àquela que possua força obrigatória e validez superiores; em outras palavras, deve-se

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos: El Tribunal Constitucional y La Política**. 1. ed. Madrid: Trota, 2008. p. 142.

¹⁶ JAYME, Fernando Gonzaga, 1999, p. 67.

¹⁷ TAVARES, André Ramos, 2001, p. 270.

preferir a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção dos seus mandatários.¹⁸

O primeiro provimento jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis ocorreu no limiar do século XIX, com a decisão do *Chief Justice Marshall* no celebre caso *Marbury vs. Madison*. O princípio da *supremacy of the Constitution* foi efetivamente reconhecido neste julgamento de 1803. Foi decidido que as faculdades do Congresso estavam delimitadas pela Constituição e uma lei que a contrariasse não era lei; portanto, os tribunais não estavam obrigados a cumpri-la.

Após a 1ª Guerra Mundial, iniciou-se, a partir da Áustria, o que hoje se denomina modelo europeu de controle de constitucionalidade, tendo Hans Kelsen como mentor da criação de Tribunais Constitucionais, que, por sua vez, eram fundados da disciplina Direito Processual Constitucional.

1.3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Formalmente, a jurisdição Constitucional surge quando a defesa da justiça é atributo de um Tribunal com essa missão específica. Conforme lição de José de Alfredo de Oliveira Baracho “a jurisdição constitucional é compreendida como parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado.”¹⁹

Adiante, conclui o autor que a:

Atividade jurisdicional que tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição, desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade.²⁰

¹⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. 2. ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Editora Russell, 2005. p. 138.

¹⁹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97.

²⁰ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira, 1986, p. 98.

O tribunal constitucional, do qual emerge a própria noção de jurisdição constitucional, guarda, com efeito, a função precípua de assegurar a correta aplicação do Texto Constitucional, mormente no que tange aos direitos e às garantias fundamentais.

Aqui cabe uma observação: o ordenamento jurídico brasileiro não contempla um Tribunal Constitucional estruturado nos moldes de seu mentor Hans Kelsen e comumente encontrados nos Estados europeus. No Brasil, de longa data, o Supremo Tribunal Federal faz as vezes de Tribunal Constitucional.

Voltando ao cerne da questão, o controle de constitucionalidade das leis é o principal mecanismo por meio do qual o Tribunal Constitucional aplica sua atribuição de assegurar o Texto da Constituição. O Brasil, a exemplo de diversos outros países europeus, adota, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, um sistema de controle de constitucionalidade abstrato.

1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No intuito de proteger o sistema constitucional o legislador constituinte ordinário criou diversos mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Constituição enquanto norma superior do ordenamento jurídico.

Por ter como premissa a proteção direta da Constituição, o controle de constitucionalidade é o mais importante dos mecanismos (conjunto de instrumentos) de proteção à Constituição. Ele consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Uma vez caracterizado este contraste, uma das medidas acima alinhavadas deve ser acionada para superação e restauração da unidade do sistema constitucional.

A tipologia do controle de constitucionalidade será analisada mais adiante. Passa-se, pois, à compreensão dos requisitos fundamentais e essenciais para o controle de constitucionalidade.

1.4.1 Escorço histórico do controle de constitucionalidade

Antes de tratar dos atuais contornos do controle de constitucionalidade, faz-se indispensável em breve escorço pelos antecedentes históricos que constituem os dois principais modelos de controle de constitucionalidade hoje conhecidos, a saber: o modelo americano e o modelo austríaco.

A análise histórica destes modelos, é crucial ao desenvolvimento da temática projetada, porquanto, como será alinhavado nos tópicos seguintes, o Poder Judiciário teve papel ativo relevante na construção e consolidação do controle de constitucionalidade e do próprio processo (enquanto instrumento) de verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais com o texto constitucional.

Em particular, mais do que relevante exemplo histórico, o caso *Marbury versus Madison* - um dos *cases* precursores do controle de constitucionalidade americano - revela uma particularidade pouco conhecida, e, de certa forma, objeto da discussão desta dissertação, qual seja, a inovação processual através da jurisprudência.

Por hora, revela destacar que, à época do caso em comento, não havia norma processual específica nos EUA, quiçá precedente, que tratasse da competência da Suprema Corte para o processamento e julgamento de questões relativas a ofensas ao texto constitucional. Isso, contudo, não foi impedimento para que a própria Corte se imiscuisse na questão e referenciasse as condutas futuras, conforme se demonstrará.

1.4.1.1 O controle de constitucionalidade pela Suprema Corte dos EUA

O texto original da Constituição dos Estados Unidos da América em seu artigo III, seção 1, previu de forma abstrata que “O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte”²¹. Diferentemente das Cartas Constitucionais analíticas, tal como a do Brasil de 1988, a Constituição Americana dedicou pouca e esparsa legislação à formatação e competência da Suprema Corte.

E esse silêncio, de certa forma eloquente, tem uma explicação política. O texto constitucional americano era enxuto para não explicitar as divergências. A existência de um Judiciário independente havia tomado os debates da ratificação da Constituição Americana. Os anti-federalistas, favoráveis a um poder mais centralizado, denunciavam o poder judicial como um instrumento potencial à tirania. Os federalistas, por outro lado, apostavam em um poder judiciário forte como forma de contrabalancear os demais poderes (*Checks and balances*).

Neste sentido, é elucidativo o artigo n.º 78 do federalista Alexandre Hamilton, publicado em 1788, nos jornais de Nova Iorque, o que mais tarde veio a formar a renomada obra *The Federalist papers*²². Esses ensaios se propunham a apoiar a recém promulgada Constituição Federal em face dos inúmeros ataques sofridos. O artigo 78, em especial, tinha como objetivo apontar para o povo americano, em linguagem simples e pragmática, a importância de um poder judiciário forte, com poderes, inclusive, de controle da atividade legislativa. Eis reprodução parcial do mencionado *paper*:

A plena independência dos tribunais é essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar a Constituição como limitada significa que ela estabelece certas limitações ao poder legislativo, por exemplo, que não pode editar leis que condenem sem processo, leis retroativas etc. Limitações dessa natureza só podem ser respeitadas na prática mediante intervenção dos tribunais, cujo dever é declarar nulos (void) todos os atos que contrariem o conteúdo claro da Constituição (manifest tenor of the

²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). **Constituição dos Estados Unidos da América**. Tradução de J Henry Phillips. Filadélfia: Convenção Constitucional, 1787. Disponível em: <<http://braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

²² O Federalista (*The Federalist Papers*) é um conjunto de 85 artigos escritos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison e publicados anonimamente, sob o pseudônimo Publius, em New York, entre outubro de 1787 e maio de 1788, com o intento de ratificar a Constituição estadunidense. Tais artigos são frutos de várias reuniões que foram realizadas com o escopo de elaborar a Constituição dos Estados Unidos.

Constituição). Sem isso, todas as proclamações de direitos ou de privilégios específicos perdem seu valor. [...]

Assim sendo, nenhum ato legislativo pode ser válido se contrariar a Constituição. Negar isso significa admitir que o deputado é superior ao titular, que o empregado é superior ao empregador, que os representantes do povo são superiores que o próprio povo, que as pessoas que atuam em virtude de poderes concedidos podem fazer que esses poderes os autorizem e também aquilo que proíbem. [...]

A interpretação das leis é o específico e peculiar campo dos tribunais. A Constituição é realmente e deve ser considerada pelos juizes como direito fundamental. Cabe a eles constatar o significado da Constituição, assim como o significado de todos os atos editados pelo corpo legislativo. Caso haja divergência inconciliável entre ambos, deve ser seguido, evidentemente, o direito, que possui superior força vinculante e validade; em outras palavras, a Constituição deve ser preferida à lei, a intenção do povo deve prevalecer sobre a intenção de seus agentes.²³

A partir da previsão constitucional, a Corte Constitucional norte americana foi regulamentada pela lei federal Judiciary Act, de 24 de setembro de 1789. A mencionada legislação infraconstitucional não previu de forma expressa o controle de constitucionalidade dos atos normativos por parte do Poder Judiciário. Desta forma, ainda que de forma esparsa e abstrata, os parâmetros legislativos ao controle de constitucionalidade norte americano se restringiam a alguns dispositivos da constituição, tais como o artigo 6, seção II, o artigo 3, seção II, item 1 e o artigo 6, seção III.

O primeiro dispositivo mencionado, qual seja, artigo 6, seção II, dispõe acerca da sujeição do Poder Judiciário as leis americanas:

Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos feitas na sua sequência e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados estarão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição contrária da Constituição ou das leis de qualquer Estado.²⁴

Mais do que simples submissão à lei, Dimitri Dimoulis traz boa interpretação acerca deste dispositivo. Segundo o renomado autor, “a frase ‘Esta constituição e as leis dos Estados Unidos feita na sua sequência’ tem significado axiológico, indicando que as leis só vinculam se estiverem de acordo com a Constituição.”²⁵

²³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. 2005, p. 138-139.

²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787.

²⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 33.

Por sua vez, o artigo 3, seção II, item 1, prevê a competência universal do Poder Judiciário:

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.²⁶

Por fim, estabelece o artigo 6, item 3, que todas as autoridades estatais têm o dever de proteger a Constituição:

Os Senadores e os Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigam-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição.²⁷

Foi diante deste quadrante legislativo constitucional que a Suprema Corte americana constituiu o controle de constitucionalidade.

Ainda que não tenha sido o primeiro caso em que o Judiciário americano tenha se pronunciado acerca da constitucionalidade de uma norma, o caso *Marbury versus Madison* é, sem sombra de dúvidas, o mais importante pronunciamento judicial da história do controle de constitucionalidade. Porém, vale destacar que o realce que o caso ganhou, ao menos nos EUA, se deve mais às questões políticas a ele afetas, do que propriamente ao seu desfecho.

O contexto histórico do caso *Marbury versus Madison* se dá nas eleições presidenciais e congressistas de 1800, nos Estados Unidos da América, quando o então presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana. Na tentativa desesperada de manter-se influente, o governo federalista de John Adams articulou uma reforma no Poder Judiciário. Assim, em de

²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787.

²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787.

fevereiro 1801, foi aprovada uma lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*), por via da qual, dentre outras providências: (i) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo presidente que entrava; (ii) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do presidente derrotado.²⁸

Com o mesmo propósito, em 27 de fevereiro de 1801, aprovaram uma nova lei (*the Organic Act of the District of Columbia*) que autorizava o ainda presidente, John Adams, a nomear quarenta e dois juízes de paz. Após a aprovação dos escolhidos pelo Senado, já na véspera da posse do presidente eleito Thomas Jefferson, John Adams assinou os atos de investidura (*commissions*) e no último dia do governo incumbiu seu secretário de Estado, John Marshall²⁹, a entregá-los aos nomeados. Tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los.³⁰

Imediatamente após sua posse, o novo presidente Thomas Jefferson determinou ao seu secretário de Estado, James Madison, a suspensão dos atos de investidura daqueles que não os haviam recebido. Dentre eles estava William Marbury, que, inconformado, propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, objetivando o reconhecimento do seu direito ao cargo.

A ação foi formulada com base em na lei de organização do Poder Judiciário norte americano (*the Judiciary Act*), que, em particular, havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza (*writ of mandamus*).

Para o deslinde do caso, a Corte designou a sessão de 1802. Ocorre que, o Congresso Americano, já com maioria republicana, revogou a lei de reorganização

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 03.

²⁹ O próprio Marshall, vale destacar, havia sido indicado pelo presidente John Adams para ocupar o cargo de presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*). Assim, apesar de seu nome ter sido aprovado pelo Senado e ele já tivesse prestado compromisso desde o dia 04 de fevereiro de 1801, permaneceu no cargo de secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto, 2006, p. 04.

do Judiciário (*the Circuit Court Act*), extinguindo, com efeito, os cargos que haviam sido criados. Para impedir questionamento acerca desta questão, o Congresso suprimiu as sessões da Corte no ano de 1802.

Se não bastasse o autoritarismo do Congresso, o cenário político era agravado pela manifesta predisposição do presidente Thomas Jefferson em descumprir qualquer decisão que ordenasse a investidura dos juízes de paz, bem como pela ameaça da Câmara de instauração de processos de *impeachment* em face dos Ministros da Suprema Corte.³¹

Foi nesse ambiente politicamente hostil e de paixões exacerbadas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury versus Madison*, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos.³²

O caso *Marbury versus Madison* foi a primeira decisão na qual uma Corte Suprema afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, declarando nula lei que, a seu entender, confrontasse com o texto constitucional. É imperioso ressaltar que a Constituição norte americana não conferia, de modo explícito, à Suprema Corte ou a qualquer outro órgão judicial competência dessa natureza.

Neste diapasão, ao analisar o caso, a Suprema Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa. Todavia não era pioneira nem mesmo original.³³

De fato, já havia precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos, o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês. Nesse sentido, o pesquisador Mauro

³¹ BARROSO, Luís Roberto, 2006. p. 05.

³² BARROSO, Luís Roberto, 2006. p. 05.

³³ BARROSO, Luís Roberto, 2006, p. 05.

Capelletti³⁴ aponta que, no episódio Dr. Bonham' Case (1610), firmou-se o entendimento de que as leis do parlamento contrárias aos costumes e à razão eram inválidas.

Em cortes estaduais e federais americanas, de âmbito inferior, também foram identificados outros precedentes nos quais juízes deixaram de aplicar leis que consideravam contrárias aos dispositivos da Constituição estadual ou federal. Em 1780, por exemplo, a Justiça do Estado de New Jersey declarou a nulidade de uma lei que contrariou a Constituição do Estado. Outro importante caso ocorreu em Rhode Island em 1786 (*Trevett versus Weeden*), no qual os juízes declararam uma lei inválida, embora não tenham conhecido o caso por questão de cunho processual.³⁵

No plano teórico, o poder dos juízes de controlar a constitucionalidade de normas conflitantes com o Texto Constitucional já havia sido sustentado por Hamilton no paper n.º 78 dos Federalistas e pelo próprio John Marshall na Convenção de Virgínia quando assim pronunciou:

Se eles (o congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada, pelos juízes, como infringente à Constituição, da qual eles são o guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem a sua função jurisdicional. Eles deverão declará-la nula.³⁶

Nada obstante, foi com *Marbury versus Madison* que o controle de constitucionalidade e a competência do Poder Judiciário para sua aplicação ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversas.

E a decisão. Didaticamente o voto foi dividido em três partes. A primeira, John Marshall dedicou à demonstração de que Marbury tinha o direito à investidura no cargo:

³⁴ CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio. Antonio Fabris, 1984. p. 59.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto, 2006, p. 05.

³⁶ POLETTI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 24.

1. O requerente tem direito ao diploma de investidura que pede? [...] É claramente opinião da Corte que quando o Presidente assinou um diploma de investidura, a nomeação foi realizada e o diploma está completo quando o Secretário de Estado afixa o selo dos Estados Unidos. [...] O Sr. Marbury foi nomeado, pois o diploma foi assinado pelo Presidente e selado pelo secretário de Estado. Como a lei que criou esse ofício deu ao oficial o direito de atuar por cinco anos com independência perante o executivo, sua nomeação não é revogável e atribui ao oficial direitos legais tutelados pelas leis do país. Não entregar o diploma de investidura constituiu, conseqüentemente, um ato que a Corte considera não amparado pelo direito, violando um direito legal líquido e certo.³⁷

Na segunda parte, Marshall demonstrou se Marbury possuía o direito então violado, logo, obrigatoriamente o ordenamento jurídico deveria oferecer uma ação para assegurá-lo:

2. Se possui este direito e foi violado, as leis do país lhe oferecem um remédio? [...] A questão foi discutida e a opinião é que a investidura é completa e comprovada a partir do momento em que, após a assinatura do presidente, é afixado no diploma o selo dos Estados Unidos. Assim é a opinião da Corte: 1. que, assinalando o diploma de investidura do Sr. Marbury, o Presidente dos Estados Unidos, investiu-o como juiz de paz para o condado de Washington no distrito de Columbia. O selo dos Estados Unidos afixado em seguida pelo Secretário de Estado é a prova conclusiva da autenticidade da assinatura e do encerramento do processo de investidura, sendo que a investidura confere-lhe o direito legal a exercer o ofício por cinco anos; 2. que, do título legal para exercer o ofício, decorre o direito ao diploma de investidura, sendo a negação de entregá-lo clara violação de seu direito caso para o qual as leis de seu país lhe garantem um remédio.³⁸

Já na última parte, Marshall enfrentou duas questões distintas: a de saber se o *writ of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo. Na resposta a tais questões, Marshall destacou a supremacia da Constituição e a Poder Judiciário como guardião deste primado. Vejamos:

Resta examinar se ele 3. Possui o remédio que pleiteia. Isso depende: 1. Da natureza do remédio apresentado; 2. Dos poderes dessa corte. [...] Blackstone define o *mandamus* como mandado, emitido em nome do Rei pela Cort of King's Bench, e endereçado a qualquer pessoa, corporação ou Corte de Justiça inferior no domínio do Rei e ordenado a fazer algo especificado no *mandamus* e pertencendo às competências e aos deveres dos destinatários e que a Cort of King's Bench determinou previamente – ou pelo menos, supõe consoante o direito e a justiça. [...] Esse remédio [o

³⁷ KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, p. 255-275, jul./dez. 2003. p. 265.

³⁸ KLAUTAU FILHO, Paulo, 2003, p. 267.

mandamus] deve ser utilizado em todos os casos nos quais a lei não estabeleceu remédio específico e a justiça e o com governo impõem um remédio. [...] Se for concedido, o *mandamus* deve estar endereçado a um oficial do governo, ordenando, nas palavras de Blackstone, a fazer algo, especificado no *mandamus*, pertencendo às competências e deveres do destinatário e que a Corte determinou previamente ou, pelo menos, supõe consoante o direito e a justiça, ou, nas palavras do lorde Mansfield, o requerente, nesse caso, tem o direito de pedir a execução de uma obrigação de interesse público e de permanecer no exercício do seu direito. Essas circunstâncias certamente se verificam nesse caso [...]. Só resta examinar se o *mandamus* pode ser expedido por essa Corte. O ato que institui os tribunais dos Estados Unidos autoriza a Suprema Corte a emitir ordens de *mandamus* em casos regulamentados por princípios ou costumes de direito endereçados a qualquer corte constituída ou a pessoas que exercem funções oficiais em nome dos Estados Unidos. O Secretário de Estado exerce um ofício em nome dos Estados Unidos, sendo abrangido pela descrição legal. Essa Corte só não será autorizada a endereçar um *mandamus* a esse oficial se a lei for inconstitucional e por isso totalmente incapaz de conferir a autoridade e atribuir as tarefas que seus dispositivos pretendem conferir. A Constituição confia todo o poder judiciário dos Estados Unidos a uma Suprema Corte e nas cortes inferiores que o Congresso poderá em determinados momentos criar e constituir. Esse Poder pode atuar em todos os casos que são regulamentados pelas leis dos Estados Unidos. Conseqüentemente, de alguma forma, deve ser exercido no presente caso porque o direito pleiteado é conferido por uma lei dos Estados Unidos. Na distribuição deste poder é estipulado que 'A Suprema Corte deverá exercer jurisdição originária em todos os casos que afetam embaixadores, outros oficiais públicos e cônsules, ou nos que um Estado-membro seja parte. em todos os demais casos, a Suprema Corte deverá ter jurisdição recursal.' Foi sustentado na audiência que a atribuição de jurisdição originária à Suprema Corte e às demais é genérica e a cláusula que atribui jurisdição originária à Suprema Corte não inclui termos negativos ou restritivos, de maneira que o Legislativo mantém o poder de atribuir jurisdição originária a essa Corte em casos além dos especificados no artigo que citamos – desde que esses casos sejam de competência do Poder Judiciário dos Estados Unidos. Se havia a intenção de deixar à discricionariedade do Legislador a distribuição do Poder Judiciário entre a Suprema Corte e as Cortes inferiores, segundo a vontade de tal corpo, seria claramente inútil a Constituição ter se ocupado do assunto, definido o Poder Judiciário e os tribunais que devem exercê-lo. A continuação dessa Seção do texto constitucional seria totalmente supérflua – sem nenhum sentido – se fosse dada essa interpretação. Se o Congresso tem a liberdade de atribuir a essa Corte jurisdição recursal, onde a Constituição diz que sua jurisdição deve ser originária, e jurisdição originária, onde a Constituição diz que deve ser recursal, então a distribuição da jurisdição feita pela Constituição é uma forma sem substância. Muitas vezes as palavras afirmativas têm o sentido de negar os objetos que não afirmam. Nesse caso se ve se dado a essas palavras um sentido negativo ou exclusivo, sob pena de se tornarem inoperantes. [...] Assim sendo, a competência de expedir ordens de *mandamus* para oficiais públicos que atribui à Suprema Corte o Ato que institui as Cortes Judiciais dos Estados Unidos não está previsto na Constituição. Isso torna necessário examinar se pode ser exercida uma competência jurisdicional conferida dessa forma, A questão de saber se um ato contrário à Constituição pode se tornar lei do país é de grande interesse para os Estados Unidos, mas felizmente sua dificuldade não é proporcional ao seu interesse. Para decidir parar ser suficiente reconhecer alguns princípios estabelecidos há muito tempo. A base sobre a qual foi edificado o empreendimento americano foi que o povo possui um direito originário de estabelecer para seu futuro governo os princípios que, em sua opinião, são os mais propícios para sua felicidade. O exercício desse direito originário

demanda grandes esforços e não pode nem deve repetir-se frequentemente. Os princípios estabelecidos dessa forma são considerados fundamentais. E como procedem de uma autoridade que é suprema e atua raramente são destinados a ser permanentes. [...] Os poderes do Legislativo são definidos e limitados; para que esses limites não sejam mal compreendidos ou esquecidos, a Constituição é escrita. [...] É obvio e incontestável que a Constituição censura qualquer ato legislativo contrário a ela. Se não, o Legislativo pode alterar a Constituição mediante lei ordinária. Não há meio caminho entre essas alternativas. Ou a Constituição é uma lei superior, direito supremo, imodificável com os meios ordinário, ou se situa no nível dos atos legislativos ordinários e, tal como os demais atos, pode ser modificada se o Legislativo assim o deseja. [...] Certamente todos aqueles que elaboraram Constituições escritas consideravam-na lei fundamental e suprema da nação. Conseqüentemente a teoria de todos os governos desse tipo deve ser que um ato do Legislativo contrário à Constituição é nulo (void), Essa teoria está fundamentalmente relacionada à Constituição escrita. Por isso deve ser considerada por essa Corte um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. Não devemos, portanto, perdê-la de vista na continuação de nossa pesquisa. [...] Se as Cortes devem respeitar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, é a Constituição e não o ato ordinário que deve regular o caso no qual ambos se aplicam. Quem, ao contrário, contesta o princípio de que as Constituições devem ser consideradas pelos tribunais direito supremo é obrigado a admitir que as Cortes devam fechar os olhos diante da Constituição e enxergar apenas a lei. [...] Essas e muitas outras referências que podem ser feitas deixam claro que os constituintes consideravam que o texto constitucional rege a atuação dos tribunais assim como do Legislativo. [...] Não é totalmente desinteressante dizer que, indicando qual deve ser o direito supremo do país, a própria Constituição é mencionada em primeiro lugar e não são mencionadas as leis dos Estados Unidos em geral? Apenas aquelas que serão feitas em consonância com a Constituição encontram-se nesse patamar. Assim sendo, a formulação específica da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado fundamental em todas as Constituições escritas, que uma lei contrária à Constituição é nula e os tribunais, como assim os demais poderes, são vinculados pela Constituição. O pedido deve ser indeferido.³⁹

De forma surpreendente, o desfecho do caso foi desfavorável a *Marbury*. Todavia, o grande vencedor não foi Madison, tampouco o governo republicano, mas sim o Judiciário americano, (e porque não o Poder Judiciário mundial?!?). É que com o fim do caso *Marbury versus Madison*, restou assentado na jurisprudência americana (e mundial) um firme precedente no qual o Poder Judiciário se consolidava como o guardião da supremacia da Constituição, com poderes, inclusive, para declarar nula lei que, a seu entender, confrontasse com o texto constitucional. E tudo isso, vale frisar, por autocriação jurisprudencial.⁴⁰

³⁹ KLAUTAU FILHO, Paulo, 2003, p. 270.

⁴⁰ A temática autocriação jurisprudencial e outros mecanismos de criação de normas por meio da jurisprudência serão abordados em capítulos seguintes. Por ora, é imperioso registrar que o precedente mais conhecido sobre controle de constitucionalidade, tal como várias outras normas do processo objetivo brasileiro, são frutos da postura ativa da corte suprema americana e brasileira.

O modelo de controle de constitucionalidade inaugurado pelo caso *Marbury versus Madison* fomentou a discussão no mundo inteiro. Todavia, não foi adotado na grande maioria dos países europeus.

Na Áustria, uma dos pioneiros no velho continente acerca da discussão sobre o controle de constitucionalidade, Georg Jenillek publicou em 1885 um ensaio recomendando a criação de um Tribunal Constitucional. Jenillek partia do pressuposto que na vigência de uma Constituição rígida há probabilidade de que o Parlamento viole a Constituição. A tarefa de guarda da Constituição não pode ser confiada ao próprio Parlamento, pois nesse caso o dever de respeitar a Constituição se reduziria ao campo da moral. E não haveria nenhuma garantia jurídica prevendo sanções em caso de violação da Constituição.⁴¹

A afirmação da nulidade da lei inconstitucional só pode efetivada se houver um mecanismo externo para constatar a inconstitucionalidade e afastar a lei que apresenta esse vício. Até aqui Jellinek concorda irrestritamente com o raciocínio desenvolvido por Marshall no caso *Marbury versus Madison*. As concepções passam a se diferenciar quando Jellinek afirma que o Judiciário não deve realizar o controle de constitucionalidade sob pena de discrepância dos julgados.⁴²

Dando continuidade às idéias de Jellinek, Hans Kelsen desenvolveu um modelo de fiscalização de constitucionalidade, que diferentemente do modelo estadunidense, se concentrava em um único órgão: o Tribunal Constitucional. Esse modelo foi adotado pela constituição austríaca de 1920, após o fim da Primeira Guerra Mundial.

O pioneirismo, todavia, foi da Constituição da Checoslováquia, que, no mesmo ano, porém meses antes, criou um Tribunal Constitucional encarregado do controle concentrado de constitucionalidade das leis daquele país. Quem idealizou o projeto do Tribunal Constitucional da Checoslováquia foi Franz Weyr, inspirado nas idéias do amigo Hans Kelsen.

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 46.

⁴² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 47.

1.4.1.2 Os modelos de controle de constitucionalidade

A audácia da Marshall no caso *Marbury versus Madison* e o brilhantismo articulado de Hans Kelsen na Áustria inauguraram os dois principais sistemas de controle de constitucionalidade até hoje conhecidos, denominados, não por acaso, de modelo americano de controle de constitucionalidade e sistema austríaco ou kelseniano de controle de constitucionalidade, respectivamente.

Em comum, ambas as matrizes apontavam a supremacia da Constituição e a necessidade um guardião que afastasse a aplicação das normas infraconstitucionais que fossem incompatíveis com o texto constitucional. O núcleo de semelhanças, de certa forma, para por aí. As características dos dois sistemas revelam substanciais diferenças.

Fruto de autocriação jurisprudencial o modelo estadunidense tem natureza jurisdicional, isso é o controle de constitucionalidade é exercido no contexto de uma função jurisdicional.

O modelo americano de controle de constitucionalidade é repressivo. Esta característica se relaciona ao momento em que ele se realiza. É repressivo, porque combate atos normativos já definitivamente concluídos e publicados no veículo da imprensa oficial.

Sob o ponto de vista orgânico, ou seja, tomando como critérios os órgãos competentes para exercer a fiscalização de constitucionalidade, o sistema americano adota a difusão da atividade de fiscalização de constitucionalidade por todo o aparato do judiciário. Observadas as regras de competência, qualquer juiz ou tribunal americano estão habilitados a realizar o controle de constitucionalidade.

Umbilicalmente ligado a esta característica, o sistema americano se caracteriza por ter feições concretas e decisão com efeitos inter partes. Em outras palavras, a questão da inconstitucionalidade surge em processo com partes e, por conta disso, os efeitos da decisão se restringem às partes. Na linguagem processual corrente do sistema jurídico brasileiro, o sistema americano se vale de um processo subjetivo

para implementação do controle de constitucionalidade, em nada se diferenciando de um processo como outro objeto qualquer.

A questão é que no sistema americano as raízes do *common law* cuidam para que não hajam decisões discrepantes, ao menos mitigam essa possibilidade. Daí outra particularidade: a jurisprudência nos EUA em questões de constitucionalidade, por força da regra do *stare decisis*, faz com que toda a parte nuclear da fundamentação da decisão constitua um precedente com força vinculativa.

No modelo americano a sanção aplicada à norma inconstitucional é a nulidade, ou seja, o ato normativo é declarado inválido *ab initio*. Logo, os efeitos do pronunciamento retrocedem ao início da vigência da norma. Em boa técnica, como o pronunciamento é declaratório, não há uma retroação de efeitos, mas sim, um mero reconhecimento de que a norma nunca foi válida.

Tal como o modelo americano, o modelo austríaco também é jurisdicional de caráter repressivo. Em outras palavras, se opera no âmbito do poder judiciário e combate atos normativos vigentes.

Todavia, não existem maiores semelhanças. Quanto ao aspecto subjetivo ou orgânico o modelo kelseniano é concentrado, isso é, como o próprio nome já diz, o controle se concentra em apenas um órgão, em razão de competência originária. No caso Austríaco, por sua vez, o controle de constitucionalidade se concentrava em uma Corte criada para este único propósito. É esta a característica basilar do sistema proposto por Hans Kelsen.

O controle de constitucionalidade cunhado por Kelsen se dava por meio de ação própria. Diz-se, portanto, controle em abstrato, eis que a compatibilidade da norma objurgada é verificada fora do plano concreto. Sendo assim, a Corte Constitucional designada para aferir a constitucionalidade da norma atua como legislador negativo.

Neste caso, a decisão tem eficácia *erga omnes* e tem natureza construtiva. A sanção cominada em caso de inconstitucionalidade é a anulação, com efeitos prospectivos, em nome da segurança jurídica. Vê-se, portanto, que o

reconhecimento de uma inconstitucionalidade tem efeitos análogos a de uma revogação legislativa.

1.4.1.3 O controle de constitucionalidade no Brasil

O constitucionalismo brasileiro nasceu sob a influência européia, principalmente pela formação cultural das elites nacionais. Assim, ancorado na matriz francesa, a Constituição do império datada de 25 de março de 1824 não contemplava qualquer sistema de controle de constitucionalidade nos moldes conhecidos hoje ou mesmo modernos à época, tal como o recém-inaugurado modelo austríaco ou mesmo o modelo americano.

A influência francesa fez com que o constituinte relegasse o controle de constitucionalidade ao plano político, ficando a cargo exclusivo do Poder Legislativo tal mister. Eis o disposto no artigo 15, incisos VIII e IX, da Carta Constitucional vigente à época:

Art. 15. É da atribuição da Assembléia Geral

[...]

VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las.

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.⁴³

Era a consagração do dogma da soberania do parlamento, que quase nada tinha haver com a cultura política brasileira da época.

Com o término do império e o início da República cessou a predominância do constitucionalismo europeu, tendo sido substituído pelas idéias do constitucionalismo norte-americano.

A influência do direito americano sobre personalidades marcantes como a de Rui Barbosa foi decisiva para a introdução da doutrina do controle judicial de

⁴³ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil. 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

constitucionalidade no Brasil. Neste sentido, a Constituição Provisória de 1890, em seu artigo 58, parágrafo 1º, incisos A e B estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para examinar constitucionalidade de leis e atos do poder público.

O Decreto n.º 848 de 11 de dezembro de 1890, que cuidava da organização da justiça federal, consagrou em seu artigo 3º que na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura interviria em espécie e por provocação da parte. Com tal dicção, Celso Agrícola Barbi concluiu que “esse dispositivo consagra o sistema de controle por via de exceção”⁴⁴

A Constituição de 1891 reproduziu os dispositivos da Carta provisória. Com efeito, firmou-se a competência do Supremo Tribunal Federal para

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.⁴⁵

Em 20 de novembro de 1894 a Lei n.º 221, que completou a organização da Justiça Federal, avançou no tema controle de constitucionalidade e de forma expressa determinou que os juízes e tribunais não poderiam aplicar as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle de constitucionalidade difuso no direito brasileiro.

Mantendo os avanços da primeira constituição republicana, a Carta Constitucional de 1934 introduziu profundas e significativas modificações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. De início, instituiu, em seu artigo 179, a reserva de

⁴⁴ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 34-43. abr. 1968.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte. 24 de fev. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 10 ago. 2011.

plenário para a declaração de inconstitucionalidade. Significa dizer que a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais só poderia ser feita pelo voto da maioria de seus integrantes. Evitava-se, com isso, a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimentos dos membros dos tribunais.⁴⁶

A Constituição inovou, ainda, ao consagrar, em seu artigo 91, inciso IV, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Emprestava-se com isso efeitos *erga omnes* à decisão do controle difuso.

Mas a grande inovação da Carta de 1934 foi a introdução da “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”.⁴⁷ O artigo 12, e seus parágrafos, consagrou a representação interventiva, confiando ao Procurador Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos “princípios constitucionais sensíveis” consagrados no artigo 7º, inciso I, alíneas “a” a “h”, da Constituição Federal, quais sejam: (i) forma republicana representativa; (ii) independência e coordenação de poderes; (iii) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; (iv) autonomia dos Municípios; (v) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; (vi) prestação de contas da Administração; (vii) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; e (viii) representação das profissões.

Eis o disposto no artigo 12, parágrafo 2º da Constituição:

Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.⁴⁸

⁴⁶ BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo**. Rio de Janeiro: Cia. Impressora, 1893. p. 45.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte. 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 10 ago. 2011.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1934), 1934.

Na dicção do dispositivo constitucional supracitado, é interessante registrar que a função do Supremo Tribunal Federal, naquele período, era verificar a constitucionalidade da lei que decretou a intervenção federal e não do ato normativo estadual que deu origem a essa intervenção.⁴⁹ Cuidava-se, com efeito, de fórmula peculiar de composição de conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva à declaração de sua constitucionalidade orgânica ou formal, pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁰

A Constituição de 1937 operou grave retrocesso. Os avanços angariados nos textos constitucionais anteriores foram suprimidos em quase sua totalidade. A Carta de 1937 deixou em vigor apenas os princípios vigorantes da constituição de 1891 e a reserva de plenário.

Se não bastasse, foi introduzida a regra que permitia ao presidente submeter lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao exame do parlamento (voto de 2/3 de cada uma das casas) para manter sua vigência no caso de bem-estar do povo e defesa do interesse nacional (artigo 96, § único):

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.⁵¹

O retrocesso operado pela Constituição de 1937 foi suprimido já na Carta Constitucional de 1946. Além de manter as inovações consagradas nos textos constitucionais anteriores, tais como a competência do Senado para suspender eficácia de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a reserva de plenário, a Constituição de 1946 restabeleceu a possibilidade de

⁴⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória Jurisprudencial**: Ministro Castro Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 27.

⁵⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1037.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Poder Executivo. 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

intervenção federal com declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Eis os dispositivos que a regulavam:

Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e harmonia dos Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário.

Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.⁵²

A intervenção federal por meio de ação no Supremo Tribunal Federal, que até então não havia sido utilizada na curta vigência da Carta de 1934, permaneceu na titularidade do Procurador Geral da República e como instrumento à proteção dos “princípios constitucionais sensíveis”, todavia ganhou importante modificação quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal.

Na nova dinâmica imprimida pelo Texto Constitucional de 1946 a representação interventiva versava sobre o ato impugnado e não mais sobre a lei que decreta a intervenção federal.

A denominação emprestada ao instituto não é obra do poder constituinte originário, tampouco do legislador infraconstitucional. Segundo esclarece Themistocles Cavalcanti, primeiro Procurador Geral da República a se valer da ação, a escolha do nome esteve entre as opções “reclamação” e “representação”, optando-se pela segunda opção, já que a ação “tinha de se originar de uma representação feita ao

⁵² BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm >. Acesso em: 10 ago. 2011.

Procurador Geral, [...] porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal, com o seu parecer.”⁵³

A ausência inicial de regras processuais permitiu que o Supremo Tribunal Federal desenvolvesse os mecanismos procedimentais por intermédio dos institutos de autocriação e heterorreferencia processual, que serão apresentados ao final deste capítulo. Posteriormente, tais regras foram consolidadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidadas pela legislação processual e pela práxis da Corte.

Com isso, vê-se que a própria jurisprudência do STF cuidava da definição dos rumos que o processo de controle de constitucionalidade por ação deveria assumir. O Supremo Tribunal Federal enfrentou inicialmente questões que versavam sobre a própria forma da arguição, seus aspectos processuais e limites constitucionais, tanto como sobre a função do Procurador-Geral da República.

No julgamento da Representação n.º 94, na qual se arguia a inconstitucionalidade dos preceitos consagradores do regime parlamentarista na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do ministro Castro Nunes, firmou o caráter excepcional daquela ação e diversos princípios que balizaram o controle abstrato de normas no Brasil até os dias de hoje.

Tratando-se de uma das primeiras ações de controle de constitucionalidade abstrato do Brasil, o ministro relator Castro Nunes fez questão de apontar a inovação do instituto e o papel de guardião da Constituição a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação daquela ação:

Trata-se, aqui, porém de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste inovação desconhecida entre nós na prática jurídica, porquanto até então não permitida pela Constituição. Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se

⁵³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense. 1966, p. 112

por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.⁵⁴

Na mesma linha, o ministro traçou a distinção entre o controle abstrato e o julgamento em espécie (controle concreto), e, segundo seu entendimento, o Supremo Tribunal Federal não suspende a lei, que subsiste, ou seja, permanece em vigor, sendo, portanto, aplicada até que o Senado venha a suspendê-la, conforme dispõe o art. 64 da Constituição de 1946. Adiante, ressaltou que a declaração de inconstitucionalidade in abstrato implica na ab-rogação ou derrogação do ato normativo impugnado e que, portanto, o efeito dessa decisão será *erga omnes*, e não *inter partes*, como ocorre nos julgamentos em espécie.⁵⁵

Na declaração em tese, a suspensão redundava na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejulgado. É uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto. Foi cassada para todos os efeitos.⁵⁶

Advertiu, ainda, que os julgamentos de lei em tese não podem constituir “a *res judicata*, porque a função exercida pelo Judiciário é antes política do que jurisdicional, função da mesma natureza da exercida pelas assembleias e a que falta o requisito de um direito subjetivo em reação, inerente ao exercício da jurisdição.”⁵⁷

O terreno para a implementação do controle abstrato de normas, aberto pela representação interventiva, foi aprimorado com a introdução da arguição de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional n.º 16 de 26 de novembro de 1965. Fruto dos estudos desenvolvidos em uma comissão composta por Orozinho Nonato, Prado Kelly, Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, a reforma introduzida pela Emenda Constitucional n.º 16/1965 instituiu de vez o modelo de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

A Constituição brasileira de 1967/1969, ao menos no que tange ao controle de constitucionalidade, manteve o sistema introduzido pela Constituição de 1946. Uma

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação n.º 94**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Castro Nunes. Distrito Federal. 17 jul. 1946.

⁵⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. 2007, p. 34.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1946.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1946.

das poucas inovações observadas foi à transferência da competência de suspensão da eficácia do ato declarado inconstitucional do Senado Federal para o Presidente da República.

Se no plano normativo, a Constituição de 1967 em nada contribuiu para a evolução do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, o mesmo não se pode dizer da doutrina. A simples introdução da arguição de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional n.º 16/1965, desacompanhada de um detalhamento normativo, abriu campo a inúmeras discussões acerca dos contornos do controle abstrato de normas.

Se não bastasse, a postura política e discricionária do Procurador Geral da República fomentou ferrenhas discussões acerca da própria discricionariedade ou não do chefe do Ministério Público no oferecimento das representações de inconstitucionalidade, da natureza do instituto, entre outros.

Vale relatar o caso. Em 1970, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), único partido da oposição com representação no Congresso Nacional, solicitou ao Procurador Geral da República fosse instaurado uma representação de inconstitucionalidade em face do decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos. O então chefe do Ministério Público se negou a submeter a questão ao Supremo Tribunal Federal, porquanto, em sua opinião pessoal, a norma objurgada pelo MDB era constitucional.

Irresignado, o MDB protocolou reclamação no Supremo Tribunal Federal em face da rejeição do Procurador Geral. A Corte Suprema, todavia, rejeitou a reclamação do MDB, ao fundamento de que apenas o Procurador Geral poderia decidir se e quando deveria ser oferecida a representação para aferir a constitucionalidade de normas.

Por óbvio, antes mesmo do pronunciamento do STF e independentemente do desfecho a ser tomado, a polêmica estava lançada. Autores de renome, tais como Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva, Themistocles Cavalcanti manifestaram-se pela obrigatoriedade de o Procurador Geral submeter a questão constitucional ao crivo do Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se, univocamente, a impossibilidade

de se alçar o chefe do Ministério Público à posição de juiz último da constitucionalidade das leis.⁵⁸

Por outro lado, doutrina não menos ilustre capitaneada por Celso Agrícola Barbi, José Carlos Barbosa Moreira e Sérgio Ferraz reconheceu a faculdade do exercício da ação pelo Procurador Geral da República.⁵⁹

Enfim, o caloroso debate evidenciou a necessidade de novos legitimados à deflagração do controle abstrato de constitucionalidade. E foi justamente essa uma das mais significativas alterações promovidas pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

A Constituição cidadã, sem embargo das inovações angariadas, sobretudo, na exegese da Constituição de 1946, sem sombra de dúvidas foi a que mais avançou na modelagem do controle de constitucionalidade brasileira.

Em relação ao controle político, a nova Constituição manteve o veto presidencial e competência do Senado Federal para sustar os atos normativos exorbitantes do Poder Executivo. Já em relação ao controle jurídico, foi mantida a característica de difusão e a predominância repressiva.

As alterações mais significativas, todavia, foram as que procuraram incrementar a via principal e abstrata. Neste diapasão, foram introduzidas diversas ações no rol do controle abstrato, a saber: ação declaratória de inconstitucionalidade (nova denominação da representação de inconstitucionalidade), ação interventiva, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade. Esta última, fruto da emenda Constitucional 03 de 1993.

Na mesma linha, como acima destacado, o rol de legitimados à propositura das ações do controle abstrato foi alargado, passando, pois, a abranger, além do

⁵⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira, 2008, p. 1045-1046.

⁵⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira, 2008, p. 1046.

Procurador Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador de Estado ou do Distrito Federal. Esses dois últimos legitimados foram introduzidos pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004.

A mencionada emenda constitucional foi responsável pela inserção de significativas alterações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Ela introduziu, no âmbito do controle difuso, os institutos da repercussão geral e da Súmula Vinculante. Ambos reflexos da sobrecarga de trabalho pela ampliação da consciência de direitos e pelo alargamento da via principal de controle.

No ano de 1999, foram editadas as leis pelas quais deve se pautar o controle abstrato de normas, a saber, a Lei n.º 9.868 e a Lei n.º 9.882. As referidas leis em muito apenas confirmaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verdadeiro responsável pela criação do processo objetivo no Brasil.

Esse breve relato histórico do controle de constitucionalidade no Brasil permite realçar o papel de protagonista que o Poder Judiciário, por intermédio do Supremo Tribunal Federal assumiu nos últimos anos no que diz respeito à regulação das questões procedimentais do processo objetivo. Feito isso, convém passar a análise do processo objetivo, instrumento pelo qual o controle abstrato de constitucionalidade se operacionaliza.

1.5 PROCESSO OBJETIVO

A palavra processo é oriunda do latim *procedere*, que em tradução literal remete a idéia de avançar, proceder, desenvolver. No vocabulário científico, o termo indica uma sequência de atos ou acontecimentos que estão relacionados e concatenados com vistas a algum resultado.

Sem sombra de dúvidas, a palavra processo tem seu maior e mais significativo emprego no campo jurídico. Nesta seara, ela pode ser utilizada com dois significados. Ora como um conjunto de regras e princípios processuais que regem um método de trabalho (o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz)⁶⁰, ora como ações individuais regulamentados por um ramo do Direito denominado Direito Processual.

Desde seu surgimento o processo judicial, em qualquer dos sentidos acima explanado, esteve sempre ligado à função de pacificação dos conflitos sociais. Aliás, a pacificação dos conflitos sociais é tida como o escopo máximo da jurisdição.⁶¹ Com efeito, mesmo em seus primórdios, quando era considerado mero exercício do direito (subjetivo), a noção de processo (então tida como ação) estava umbilicalmente ligada à existência de litígio, partes; de modo que dizia-se processo subjetivo.

Ocorre que o processo judicial não pode ser reduzido a litígios. Consoante lição de André Ramos Tavares, a admissibilidade de um processo judicial que não servisse para a defesa de um direito subjetivo havia sido contemplada no fim do século XIX por Genist, para quem a exigência de que houvesse dois sujeitos processuais em posições distintas, discutindo direitos subjetivos, contém uma petição de princípio civilista (*civilistische petitio principii*).⁶²

A tese de Genist caiu como uma luva para o processo constitucional, sobretudo para a sequência de atos em prol de uma decisão acerca da constitucionalidade *in abstracto* de uma determinada norma.

Nestes moldes, a fiscalização da constitucionalidade normativa *in abstracto* é objetiva, porquanto realizada à margem de interesses subjetivos⁶³, e tendo em “vista

⁶⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

⁶¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, 2010, p. 30.

⁶² TAVARES, André Ramos, 2005, p. 392.

⁶³ Aqui cabe fazer uma observação singela: em termos práticos, todo processo apresenta um conflito intersubjetivo. O legitimado à propositura da ação, assim como o curador da constitucionalidade da lei questionada, levarão ao juízo certa carga de subjetividade. A questão é que, como será alinhavado

a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade [...], quando o que avulta é a constante conformidade ou procura de conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as regras constitucionais.”⁶⁴

A expressão processo objetivo é utilizada para destacar o distanciamento desse processo daquelas regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos de interesses, do tipo clássico.⁶⁵ Em outros termos, o processo utilizado pelas Cortes Constitucionais para decidir sobre ações de controle de constitucionalidade de maneira abstrata (controle em tese) apresenta características peculiares em relação ao modelo processual tradicional.

Acerca do processo objetivo é comum ouvir expressões como “exercício atípico de jurisdição” ou procedimento “especial em relação ao processo ordinário [...] com caracteres específicos”.⁶⁶ O próprio Hans Kelsen, ao se referir sobre o controle de constitucionalidade abstrato, destacou que o mesmo se operacionaliza por intermédio de um processo especial que visa a “um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial”.⁶⁷

Como se nota, o conceito de processo objetivo está intimamente ligado ao controle concentrado de constitucionalidade, cujo escopo único é defender o ordenamento jurídico, sua integridade e hierarquia normativa. Seu objeto é fixar a interpretação constitucional, propiciando certeza jurídica e evitando violações de normas constitucionais. Trata-se de preservar a supremacia constitucional e não de tutelar direitos ou interesses subjetivos. Isso torna desnecessária a presença dos elementos que garantem o carácter dialético do processo tradicional.⁶⁸

em linhas posteriores, no processo objetivo estes representantes guardam um vínculo tênue com o objeto do processo de controle de constitucionalidade.

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 357.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos, 2005, p. 392.

⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 218.

⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 218.

⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 219.

Em uma de suas primeiras decisões, em 1952, o Tribunal Constitucional Federal Alemão ofereceu uma clara definição do processo que fiscaliza a constitucionalidade de normas, o qual denominou de “objetivo”, porquanto independe de interesses particulares, tutelando a Constituição e não o interesse de quem pede a sua realização. Neste julgado, assentou-se que o processo de fiscalização de constitucionalidade *in abstracto* (processo objetivo) conhece a atuação de pessoas que podem postular o controle (Antragsberechtigzte), mas não há partes legitimadas que desejam tutelar interesses próprios (Anspruchsberechtigzte):

O processo de controle de normas é por natureza um processo objetivo, independente de interesses particulares e visando tutelar a Constituição e não a posição jurídica do postulante. Não há, nesse processo, pessoa que possui pretensões.⁶⁹

Não é diferente o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, para o qual o processo de controle abstrato se define com base na ausência de interesses conflitantes, na ausência de partes, assim como em sua natureza política. A propósito do tema é o aresto jurisprudencial firmado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01:

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 interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em 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.⁷⁰

O entendimento estampado na jurisprudência acima foi cunhado no Supremo Tribunal Federal desde a introdução do controle abstrato de constitucionalidade no ordenamento brasileiro pela ação interventiva.

Já em 1947 manifestava o Colendo STF de forma explícita pelo caráter diferenciado do controle de constitucionalidade *in abstracto*. Com a introdução da representação de inconstitucionalidade, pela emenda constitucional n.º 16 de 1965, o Supremo Tribunal Federal manteve esta orientação. Todavia, em razão do monopólio de

⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 219.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Moreira Alves. Distrito Federal. 01 dez. 1993.

propositura pelo Procurador Geral da República, essa forma de controle abstrato concentrado permaneceu marginal em termos quantitativos.⁷¹

O mesmo vale em termos qualitativos, porquanto houve pouquíssimas declarações de inconstitucionalidade de normas federais. Mesmo assim, na esparsa jurisprudência anterior à Constituição de 1988, é possível identificar relevantes manifestações do STF acerca do processo objetivo. Nos embargos infringentes da Reclamação 1.092, julgada em 1986, foi afirmado (Min. Neri da Silveira) que os princípios do processo civil não se aplicam automaticamente ao controle abstrato quando não há previsão neste sentido no Regimento Interno do STF que regulamenta o controle abstrato. Afirmou-se também (Min. Moreira Alves) que a Representação contra inconstitucionalidade é de natureza política e o processo judicial nela se apresenta como mera forma.⁷²

Esta última consideração parecia consensual entre os Ministros da época. Isso indica que antes de 1988 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estava em uma fase primitiva de construção do processo objetiva, destacando sua natureza política como argumento para flexibilizar ou mesmo afastar a aplicação de regras processuais.⁷³

Todavia, a partir de 1988, face às inúmeras inovações propiciadas pela Constituição Cidadã, proliferou-se a utilização das ações de controle de constitucionalidade in abstrato. O mencionado aumento também se deu de forma qualitativa, de modo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refinou as diretrizes e características do processo objetivo.

A partir desse momento passa-se à análise das principais orientações criadas pela jurisprudência do STF acerca do processo objetivo. A primeira a ser destacada é a inaplicabilidade de normas próprias do processo comum. Tal característica, vale dizer, influenciou quase todas as demais. O STF firmou entendimento de que as

⁷¹ Conforme dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal, em mais de duas décadas entre 1965 e 1988, foram interpostos aproximadamente 1.000 Representações (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas:** movimentação processual. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 05 jan. 2011.)

⁷² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 222.

⁷³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 222.

regras próprias do processo subjetivo (civil, penal, trabalhista, administrativo) não se aplicam automaticamente ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade. A propósito do tema, a ementa do julgamento da ADI n.º 1797, de relatoria de Ministro Ilmar Galvão, realça o fato de o processo objetivo ser regido de forma distinta do processo subjetivo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRAZOS RECURSAIS. As normas gerais disciplinadoras dos feitos de índole subjetiva, de ordinário, não se aplicam às ações da espécie, de natureza objetiva, nas quais, ademais, não se cuida de interesse jurídico da Fazenda Pública. Assim, nas ações da espécie não cabem prazos recursais em dobro (art. 188 do CPC), privilégio de que não goza nenhuma das partes nelas envolvidas, a saber: o requerente; o órgão requerido, responsável pela edição do ato normativo impugnado; o Advogado-Geral da União; e o Procurador-Geral da República. Agravo regimental não conhecido.⁷⁴

Outra característica do processo objetivo, que pode, inclusive, ser extraída do julgado acima citado é a inaplicabilidade das prerrogativas conferidas às partes nos processos subjetivos, tal como prazos em dobro e outros.

Também não se admite no processo objetivo a intervenção de terceiros. Este entendimento é anterior a Constituição de 1988 e já havia sido incorporado ao Regimento Interno do STF no seu artigo 169, § 2º. Ele prevaleceu após a promulgação da Constituição de 1988, conforme se pode ver no julgamento da ADI n.º 748, de relatoria do Ministro Celso de Mello, publicada no Diário de Justiça de 18 de novembro de 1994:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de pecas documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (amicus curiae): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se

⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1797**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Ilmar Galvão. Distrito Federal. 22 fev. 2001.

revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504).⁷⁵

Posteriormente, a Lei n.º 9.868, de 10/11/99, em seus artigos 7º e 18, incorporou tal entendimento jurisprudencial no sentido de não admitir os institutos processuais da assistência e do litisconsórcio de terceiros juridicamente interessados. A natureza objetiva, todavia, não impede a assistência ou o litisconsórcio ativo entre os legitimados à instauração do controle abstrato de normas. E mais: nos moldes do § 2º do art. 7º, admite-se ainda a manifestação de outros órgãos ou entidades, na condição de *amicus curiae*.

Na mesma linha, no processo objetivo não se admite arguição de suspeição. A oposição de impedimento também não é cabível, exceto em face do Ministro que tenha recusado a propositura da ADIn enquanto legitimado. Em voto proferido sobre o tema, o Min. Celso de Mello pontificou:

(...) não se legitima a *recusatio iudicis*, quer mediante arguição de suspeição, quer mediante oposição de impedimento, ressalvada a situação, absolutamente excepcional, de Ministro da Corte que, “na condição de procurador-geral da República, haja recusado representação para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade”.(ADIn 55-1-DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 146:3).⁷⁶

Outra característica a ser destacada é a irrelevância da fundamentação jurídica deduzida na petição inicial. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal se encontra vinculado apenas ao pedido, mas não pela causa de pedir. Confira-se:

(...) 1. Na ação direta de inconstitucionalidade cujo processo é objetivo, não inter partes, a causa petendi pode ser desconsiderada e suprida, por outra, pelo STF, segundo sua pacífica jurisprudência. (ADInMC 1.358-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 26/04/96).⁷⁷

Além da irrelevância da causa de pedir, o STF também não admite a desistência da ação e do pedido cautelar. Tal orientação jurisprudencial, inclusive, foi consignada nos artigos 5º e 16 da Lei n.º 9.868/99.

⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 748**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. 18 nov. 1994.

⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 55**. Partido Liberal. Relator Ministro Octavio Gallotti. Distrito Federal. 16 mar. 1990.

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1358**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Sydney Sanches. Distrito Federal. 26 abr. 1996.

O processo objetivo também é caracterizado pela irrecorribilidade das decisões. Em outros termos, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade *in abstracto* não comportam recurso, salvo dois casos: (i) embargos de declaração nos termos do artigo 26 da Lei n.º 9.868/99; e (ii) embargos infringentes pelo Procurador Geral da República quando a ação proposta por ele, com posterior parecer desfavorável, foi julgada improcedente.

Além de não comportar recurso, as decisões que julgam as ações do processo objetivo não comportam ação rescisória. Na mesma linha, não é cabível qualquer tipo de execução dos julgados. Ademais, caracterizam, ainda, as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de normas, a eficácia erga omnes e o efeito vinculante.

Além de formatar as normas processuais a serem aplicadas no processo objetivo, a STF em sua atuação verdadeiros filtros para o controle abstrato de constitucionalidade. É o caso da pertinência temática, filtro de legitimidade ativa ao processo objetivo, e o filtro de definição de pauta de julgamento.

Na lição de Dimitri Dimoulis o controle de pauta no julgamento é um filtro discricionário de extrema importância, na medida em que permite ao Tribunal determinar a ordem de julgamento, agilizando ou dificultando o efetivo acesso à justiça constitucional:

Quem exerce, de *iure* ou *de facto*, o poder de determinar a ordem de julgamentos de ações, cujo resultado pode ser o afastamento de atos normativos, influencia, de maneira decisiva, a vida econômica e política. Uma célere decisão tomada com atraso de anos ou até décadas tem, normalmente, efeitos muito mais limitados.⁷⁸

Esclarecidas as referências do processo objetivo, mister se faz pontuar as bases sobre as quais se fundam a legitimidade constitucional para a regulamentação do processo objetivo. A proposta é extrair do cotejo de dois marcos teóricos o alcance para tal definição: a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin e a teoria política de Jeremy Waldron; aspecto sobre o qual debruça essa pesquisa a partir de então.

⁷⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 242.

2 RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON: A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PARA REGULAMENTAÇÃO DAS LACUNAS DO PROCESSO OBJETIVO

No capítulo anterior restou delineado que o processo objetivo foi forjado pela jurisprudência das Cortes Constitucionais mediante o emprego das técnicas de autocriação e heterorreferência. Dessa forma, ao longo da história, o Poder Judiciário, em especial as Cortes Superiores, exerceu ativamente um importante papel na disciplina e regulamentação do processo objetivo.

Da fixação da própria competência para a realização do controle de constitucionalidade até os meandros processuais mais simples, tal como utilização ou não de medidas cautelares e filtros de legitimidade ativa, são frutos direta ou indiretamente de orientações adotadas pelos Cortes Superiores.

Em muitos casos – e dentre eles, o brasileiro – as Cortes Superiores (leia-se, o Supremo Tribunal Federal) adotaram medidas processuais amparadas única e exclusivamente na sua própria jurisprudência. Com o tempo, a renitência fez com que algumas regras originadas da jurisprudência se tornassem, efetivamente, lei ordinária aprovada pelo Poder Legislativo.

É o caso da lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999, que, “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.”⁷⁹ Um número considerável de dispositivos normativos desta lei foram espelhados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É imperioso destacar que o fato de existirem normas que refletem o posicionamento jurisprudencial é consequência da inércia do Poder Legislativo na regulamentação pormenorizada do processo objetivo e, acima de tudo, na necessidade de se assegurar o primado da Supremacia da Constituição.

⁷⁹ BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo. Brasília. 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

Assim, a prática ativista observada no processo objetivo, sem ater-se às suas filigranas, está de certa forma, desmistificada, ou melhor, dentro de um contexto inteligível.

A questão que precisa ser respondida é se o comportamento ativista refletivo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está amparado pelo próprio ordenamento jurídico. O tema é intrincado. E é preciso apontar se o ordenamento, em sua inteireza, permite esta atuação ativa. Em caso de resposta positiva, é preciso ainda responder quais os limites desta autorização.

Para alcançar esse objetivo, o presente trabalho se valerá do cotejo da doutrina de dois teóricos contemporâneos, que a despeito de divergirem em alguns pontos de suas respectivas teorias, tem em comum a exigência de uma integridade no direito. Esses teóricos são: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Dworkin, na filosofia jurídica contemporânea, é reconhecido como um dos principais defensores de mecanismos institucionais, a exemplo do controle judicial de constitucionalidade das leis e da perspectiva de atuação que reconhece nos tribunais a competência para fundamentar suas decisões na teoria do direito como integridade.

Na defesa de sua doutrina do direito como integridade Dworkin oferece uma resposta à questão “o que é o direito?” e nessa perspectiva o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis.

Por sua vez, o seu contemporâneo Waldron é um dos teóricos que, conquanto critique ferrenhamente o *judicial review* (controle de constitucionalidade) americano, defende ardentemente o resgate à dignidade e respeito da Legislação.

O cotejo da teoria do direito de Dworkin - o direito como integridade - com a teoria política de Waldron - a dignidade da legislação - permite sustentar a legitimidade constitucional para a regulamentação das lacunas do processo objetivo e sob tal

perspectiva passarão a ser analisadas detidamente. Antes, é imperioso fazer uma breve justificativa da escolha da teoria de Dworkin como linha condutora da presente dissertação.

2.1 A TEORIA DE RONALD DWORKIN: SEGURANÇA JURÍDICA E ACEITABILIDADE RACIONAL

No positivismo jurídico, como cediço, a validade das prescrições legais se avalia pela observância dos procedimentos prescritos para a sua criação. É nítido que esse tipo de critério (orgânico) da proeminência à procedência formal da norma em detrimento do seu conteúdo material.

Assim, o órgão competente para a criação das normas positivadas, as valida pela simples observância do procedimento previamente estabelecido. Nestes casos, o curioso destacar que o discurso, ou melhor, o fundamento utilizado para a criação a criação da norma é livre ou aberto: conquanto se pautar pelas normas procedimentais que regulam o processo legislativo, qualquer tipo de argumento é idôneo ao processo de formação das normas positivadas.

É evidente que o conteúdo dessas normas pode e deve ser fiscalizado em face das prescrições constitucionais. Daí a razão de ser dos instrumentos de fiscalização da compatibilidade constitucional. Todavia, os argumentos utilizados para a formação das normas positivadas não o são.

A liberdade que goza o Poder Legislativo quanto ao conteúdo dos argumentos utilizados no processo legislativo não é estendida ao Poder Judiciário no processo judicial. Ainda mais quando as decisões em processo judicial resultam em regras a serem aplicadas em outros casos similares, como está sendo analisado na presente pesquisa.

A atuação do Poder Judiciário, mister frisar, além dos critérios que serão apontados adiante, deve, em primeiro lugar, se submeter a uma argumentação racional

pautada única e exclusivamente em normas já positivadas. Em outros termos, não é dado Judiciário se valer de qualquer argumento para formação de suas decisões, tampouco para criação de regras processuais que disciplinem os casos futuros, tal como analisado neste trabalho. A sua atuação está vinculada às normas existentes.

O sentido do ordenamento jurídico constitucional está calcado na necessidade de o Poder Judiciário, ao proferir uma decisão, o fazer em referência a um direito previamente existente, criado, democraticamente, pelo Poder Legislativo, composto por representantes do povo (ou pelo povo diretamente), nas formas previstas pela lei, de tal sorte que a sociedade se considerar co-criadora daquela decisão.

Em síntese explicativa: é a lei, enquanto produto da vontade popular, a baliza da atuação do Poder Judiciário, mormente nos estados em que os membros deste Poder não são eleitos democraticamente. De outra maneira, não se pode olvidar que o Poder Judiciário colocaria em cheque a noção de democracia constitucional, vinculada a manifestação normativa do Poder Legislativo.

Por outro lado, é conveniente ressaltar que a mesma ordem constitucional que exige do Poder Judiciário um respeito às leis promulgadas democraticamente pelo Poder Legislativo, o incumbe de, em defesa da Constituição, revisar as decisões legislativas, mediante o emprego dos instrumentos de fiscalização da constitucionalidade normativa.

Na defesa de sua teoria do direito como integridade, Dworkin aponta que a observância do direito vigente garante um duplo benefício à sociedade. Em primeiro lugar, a segurança (jurídica) inerente à implementação dos comportamentos democraticamente sancionados pelo Estado. E, em segundo lugar, a aceitabilidade racional dos comportamentos e das decisões institucionais, isso é, a legitimidade das expectativas de comportamentos.

Por falar em defesa, é de bom alvitre ressaltar que a teoria de Dworkin, dos direitos, elaborada por Dwokin, pode ser compreendida como uma tentativa de se de evitar as falhas das “teorias realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a

prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências de segurança do direito e da aceitabilidade racional.”⁸⁰

2.2 RONALD DWORKIN E AS BASES DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Sucessor de Hart na cadeira de Teoria Geral do Direito em Oxford, Dworkin é conhecido no Brasil, sobretudo, pela autoria do método tudo ou nada – no original: *all or nothing* –, e pela distinção entre princípios, diretrizes políticas e regras jurídicas (a distinção quanto ao modo de aplicação).

Surgido de um projeto de contestação teórica do positivismo moderado de Hart, em especial ao modelo de apreensão da normatividade jurídica, Dworkin aponta claramente em seus escritos que o direito não é formado apenas por regras e a sua aplicação deve ser amparada na integridade sistêmica.

Neste sentido, já em seus primeiros escritos - que foram publicados no fim dos anos 60 - Dworkin direciona suas críticas e contraposições à obra “O conceito de direito” de Hart. Hart havia caracterizado a mencionada obra como uma possível resposta à velha indagação “O que é o direito?”, e como resposta, enfatizara que a pergunta era uma questão que exigia uma análise dos fatos.

Examinando criticamente a posição adotada por Hart, Dworkin descreve que o positivismo concebe o direito como simples questão de fato e, neste diapasão, ao se defrontar com um certo conjunto de fatos simples que dão uma resposta já pronta e de fácil entendimento, lastreada em uma regra positivada.⁸¹

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V. 1. 2. Ed. Tradução de Flávio Beno Siebenchler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 253.

⁸¹ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos Gregos ao Pós-Modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Carvalho. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p. 499.

Assim, a partir dessa constatação, aduz Dworkin, que tanto o positivismo jurídico, quanto as teorias de direito natural, na verdade, respondem a indagação “o que é o direito?” como uma simples regra positivada.

O ponto nevrálgico desta frágil e singela resposta é verificado frente aos casos mais complexos. Dworkin afirma que, em particular, nos casos difíceis, juízes e advogados “utilizam critérios que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de critérios.”⁸²

Como bem anota Wayne Morrison:

Para Dworkin, a análise positivista de Hart implica que, para além de um certo ponto onde a regra se esgota, não há fatores jurídicos que sujeitem os juízes; quando eles estão trabalhando numa área obscura e periférica do direito, eles têm um poder discricionário não-jurídico. Os casos difíceis criam um novo direito. O positivismo jurídico nos apresenta um conjunto radicalmente divergente de expectativas sobre a função judicial; (i) uma concepção estática, que é o modelo de regras do fato simples, que abrange a situação e que pode ser aplicado pela teoria jurídica mecânica; ou (ii) uma concepção dinâmica na qual o direito é um processo e se pressupõe que, ao entender esse processo, é preciso entender como as regras interagem com influências não jurídicas. Essa concepção positivista pode ser expressa como uma equação: regras mais poder discricionário igual a novas regras. Contudo, esse poder discricionário é extrínseco ao direito e – além de Austin – o positivismo jurídico diz muito pouco sobre esse processo.⁸³

Como se nota, para o positivismo jurídico, a mudança na legislação é uma mudança na regra, e, portanto, um processo unicamente político, não sujeito à participação de atores que não sejam do Poder Legislativo. Neste cenário, a afirmação de certeza jurídica é comprometida na situação em que uma regra não foi elaborada, ou em que há uma lacuna no domínio das regras jurídicas.

Em contraste, Dworkin faz a afirmação geral de que, dentro da prática jurídica, a proteção dos direitos com base em princípios é mais fundamental do que as considerações políticas ou uma adesão literal a regras aparentemente óbvias. Logo, a proposta de Dworkin pretende combater esta falha do positivismo.

⁸² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007^a, p. 22

⁸³ MORRISON, Wayne, 2006, p. 504.

Nesse contexto, o modelo do direito como “integridade”, sustentado por Dworkin, afirma que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelo legislativo e executivo, mas também pelo “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”⁸⁴. E como tais princípios “implícitos” devem ser utilizados pelos juízes e tribunais para fundamentar suas decisões em casos difíceis, de modo que deste modelo de integridade resulta uma jurisdição bastante ofensiva.

Essa teoria, dentro da ótica de um Estado Democrático de Direito, onde existem poderes instituídos e competências limitadas por uma Carta Constitucional, dá base e estabelece parâmetros para legitimidade de uma atuação ativa do Poder Judiciário, sem que isso implique em usurpação de atribuições.

Passa-se à análise da teoria sustentada por Dworkin.

2.2.1 O ataque ao positivismo jurídico de Hart

A despeito de ter sucedido Hart em sua cátedra da Universidade de Oxford e nutrir por ele grande admiração, Dworkin tornou-se seu principal crítico e desde o início de seus estudos passou a atacar a tese de seu mentor. Já em um dos seus primeiros ensaios, de grande repercussão, intitulado no original *The model of rules*⁸⁵, Dworkin declarou abertamente: “quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário”.⁸⁶

O ataque anunciado ao positivismo se dá principalmente na crítica feita à distinção rígida entre a moral e o direito. É que, segundo aponta Dworkin, opondo-se ao jusnaturalismo, o positivismo separou o direito da moral em sua base filosófica, contudo esta distinção não se perpetua na função jurisdicional, mormente no

⁸⁴ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 255.

⁸⁵ Artigo publicado inicialmente em 1967. Adiante, tornou-se o capítulo 2 da sua primeira obra intitulada originalmente *Taking Rights Seriously*, de 1977/78.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007b, p. 35.

momento da interpretação decisional, quando se permite o emprego da discricionariedade.

Os ataques de Dworkin ao positivismo podem ser sintetizados, de forma didática, em duas grandes pautas: (i) o Direito compreendido unicamente como um “modelo de regras”, alheio a diferenciação entre regras, princípios e as políticas⁸⁷ e a contestação da regra de reconhecimento enquanto teste de *pedigree*; e (ii) o uso da discricionariedade pelo juiz no ato de decidir (casos difíceis).

Vale mencionar que é a partir das críticas ao positivismo que Dworkin descreve as bases de sua teoria do direito como integridade.

2.2.1.1 Regras, princípios e políticas

Como sobredito, um dos pilares da crítica de Dworkin ao positivismo, e, por conseguinte, da sua teoria do direito como integridade, parte da distinção entre regras, princípios e políticas.

O conceito apregoado por Dworkin às regras é o mesmo do positivismo. Com efeito, são as regras os comandos que decorrem diretamente do texto legal. Vale destacar que Hart busca traçar uma teoria puramente descritiva de lei, capaz de identificar critérios que digam quais regras são lei.⁸⁸

Juntamente com as regras, Dworkin agrega ao sistema normativo mais dois tipos de normas, ou melhor, dois padrões (*standards*) normativos com idêntica força:

⁸⁷ Nesta dissertação, optou-se pela tradução de *policies* por políticas. Tradução adotada pelos autores brasileiros, tal como a professora Vera Karam de Chueiri em seu livro *Filosofia do direito e modernidade* (CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e Modernidade** Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM Editora, 1995), e o tradutor da obra *Levando os direitos a sério*. Registra-se que os autores da língua castelhana, tal como Albert Calsamiglia (CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984), traduzem o mencionado termo como “diretriz”.

⁸⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 263.

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudança adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover o assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.⁸⁹

Para Dworkin, a distinção existente entre princípios, políticas e regras é de cunho eminentemente lógico⁹⁰. As três categorias de normas são padrões (*standards*) que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias. Todavia se diferenciam entre si, sobretudo, por conta da direção que apontam.

Quanto às regras, que são disjuntivas, na dicção adotada por Dworkin são aplicáveis na forma do *tudo-ou-nada*. Em termos práticos, aplicam-se ou não, por subsunção, ao caso concreto. Por seu turno, os princípios e as políticas, não indicam uma consequência legal que automaticamente se segue às condições apresentadas no caso em concreto.

Mais abrangente, ou melhor, possuidor de uma tessitura normativa mais aberta, os princípios (e as políticas), em sua aplicação, apresentam uma razão direcionada, todavia, não exigem uma decisão específica no sentido apontado. Em outras palavras, os princípios enunciam uma razão para decidir em determinado sentido, sem, contudo, obrigar a adoção de uma decisão específica. Neste sentido, é perfeitamente possível concorrerem dois ou mais princípios em um caso concreto.

Por conta disso, diz-se que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância em relação a cada caso concreto, de modo que em caso de conflito aparente, o menos importante deixa de ser aplicado ao caso concreto sem que o outro sofra interferência na sua esfera de normatividade. Significa dizer que no conflito aparente de princípios será aplicado aquele que tiver maior peso ou importância naquela circunstância específica. O mesmo não se pode afirmar quanto

⁸⁹ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 36.

⁹⁰ MORRISON, Wayne, 2006, p. 500.

às regras. Em caso de conflito aparente, o método *tudo ou nada*, à luz da *interpretação de Dworkin*, determina que uma seja afastada para aplicação da outra.

Para melhor apresentar a sua definição de princípios, Dworkin se vale de alguns casos polêmicos da jurisprudência norte americana, nos quais a sua aplicação foi determinante para a resolução do litígio:

Em 1889, no famoso caso *Riggs vs. Palmer*, um tribunal de Nova York teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino.” Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime”. O assassino não recebeu sua herança.⁹¹

Na lição de Dworkin, os princípios jurídicos atuam de maneira mais vigorosa nas questões judiciais complexas, os denominados *hard cases*. Contudo, quando aplicados, os princípios dão origem às regras jurídicas que serão aplicadas por meio de subsunção ao caso concreto. No caso “*Riggs versus Palmer*”, acima relatado, a aplicação do princípio “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza” enunciou uma nova regra: “um assassino não herdar os bens testamentários de sua vítima.”

Em sua versão hartiana, o positivismo possui um teste de validade para suas normas (regras) chamado por Dworkin de teste de origem ou *pedigree*⁹². Este teste deriva da regra de reconhecimento da norma e leva em consideração a sua forma. O conteúdo é dispensado. Com esta entonação, a regra de reconhecimento serve tão somente para a identificação de regras que, como os precedentes ou as leis, resultam de um ato de criação jurídica de um órgão constitucionalmente competente.⁹³

⁹¹ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 37.

⁹² DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 64.

⁹³ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 66.

Devido à sua dimensão de peso, os princípios e as políticas não se submetem plenamente ao teste de *pedigree*. É que esta regra de validade, tal como as demais regras no positivismo de Hart, também se submete ao “tudo ou nada”:

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. Se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiem de seus próprios delitos ou se deixar de parecer injusto impor encargos especiais sobre monopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas, esses princípios não mais desempenharão um papel em novos casos, mesmo se eles não forem anulados ou revogadas.⁹⁴

Nesta direção, Dworkin refuta a regra de reconhecimento - teste de *pedigree* - de Hart como único critério para verificar a validade das normas, ou seja, retira do positivismo hartiano a possibilidade de um critério seguro de identificação daquilo que é ou não Direito.

E esse ponto da crítica de Dworkin é de suma importância para o objeto da presente dissertação na medida em que amplia a possibilidade de se conhecer a validade de normas cuja origem não deriva necessariamente de regras elaboradas pelo órgão legiferante.

Além de distinguir regras de princípios, Dworkin envereda esforços para diferenciar os princípios (jurídicos) das políticas. Na sua acepção, as políticas são aquelas que traçam um programa de governo, cujo objetivo é o bem da coletividade. Em outras palavras, as políticas se traduzem em um tipo de padrão (*standard*) que estabelece um objetivo a ser alcançado em prol da comunidade.⁹⁵ Esses argumentos de política justificam decisões que fomentam algum objetivo coletivo.⁹⁶

Por óbvio, a aplicação das políticas é relegada ao campo legislativo. Assim, os argumentos políticos, ou seja, aqueles utilizados para formatação das diretrizes políticas, não possuem limitação de conteúdo. Servem, com efeito, à criação de direitos.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 64.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 36.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald, 2007b, P. 129.

Elucidativamente, Dworkin exemplifica a simbiose existente entre os princípios e as diretrizes políticas: “No caso dos subsídios, poderíamos dizer que os direitos conferidos são gerados por uma política e qualificados por princípios; o caso contra a discriminação, são gerados por princípios e qualificados por políticas.”⁹⁷

O entendimento deste tópico é de suma relevância para o objeto dessa dissertação. A correta compreensão do papel dos princípios no ordenamento jurídico é o que permite uma atuação mais ativa dos juízes constitucionais, para além da simples subsunção à regra (Hart) e sem o emprego de discricionariedade judicial.

A preocupação esboçada por Dworkin ao relacionar uma teoria interpretativa do Direito com uma teoria da justificação política não é uma preocupação efêmera ou pontual. Em toda sua obra perpassa essa necessidade de trabalhar em conjunto uma concepção de Estado e o papel do Direito neste modelo de sociedade escolhido.

Dessa forma resta evidenciado na doutrina de Dworkin que os argumentos de política não podem ser confundidos com os argumentos de princípios. Aqueles têm sua utilização limitada ao campo da política e não servem ao discurso de aplicação do direito.

Os argumentos de política dão suporte à criação de direitos. Por seu turno, os argumentos de princípios estão atrelados à aplicação dos direitos existentes. Na lição de Dworkin:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.⁹⁸

Consequentemente, em face às lacunas legislativas não é dada ao Poder Judiciário a competência para criação de novos direitos, mas sim, para descobrir quais direitos existem no ordenamento jurídico como um todo e se aplicam ao caso concreto. E

⁹⁷ DWORKIN, Ronald, 2007b, p.130.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 141.

nisso cinge a distinção entre regras, princípios e políticas de forma crucial não só à teoria do direito como integridade, mas ao desenvolvimento do presente trabalho.

Neste ponto, cabe ainda outra observação imprescindível à compreensão do objeto desta pesquisa: a criação de regras, ou melhor, a inovação normativa no ordenamento jurídico é atribuição típica do Poder Legislativo, segundo a clássica teoria da tripartição dos poderes, adotada amplamente pela imensa maioria das Cartas Constitucionais modernas.⁹⁹ O respeito a este primado é o que garante a convivência harmônica dos poderes e a suas respectivas proeminências. Se cada poder instituído, pudesse livremente invadir a esfera de funções destaca ao outro, reinaria uma verdadeira desordem organizacional e o conflito entre eles faria com que um suplantasse os demais.

Voltando ao cerne da questão, como destacado no capítulo anterior, no direito brasileiro a regulamentação legislativa do processo objetivo surgiu bem depois da previsão desta modalidade de controle de constitucionalidade. Assim, por imperativo da Supremacia da Constituição, os magistrados do Supremo Tribunal Federal foram compelidos a valer-se desta modalidade de controle de constitucionalidade mesmo sem o detalhamento das regras processuais a serem aplicadas.

A legitimidade da atuação do Poder Judiciário frente a tais lacunas normativas reside na utilização de princípios para regulamentação do processo objetivo. Com efeito, para firmar se determinada postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal frente à ausência específica de uma norma legislativa processual, parte da necessidade de se avaliar se este modo de agir tem lastro em princípios do ordenamento como um todo ou estão ancorados em argumentos extrajurídicos, denominados de políticas.

Na dicção da teoria de Dworkin, a atuação do Poder Judiciário nos casos difíceis está limitada aos argumentos de princípios. O uso de outros argumentos, por ele denominado de políticas, representa uma inadmissível e ilegítima discricionariedade judicial.

⁹⁹ A teoria da tripartição dos poderes e as suas nuances que mais tocam ao objeto da presente dissertação serão melhor explanadas em linhas posteriores, quando se tratará da separação das funções (poderes) estatais e as limitações à atuação ativa do Supremo Tribunal Federal.

2.2.1.2 O uso indevido da discricionariedade judicial

Dworkin critica, ainda, o positivismo hartiano em sua abertura manifesta à utilização da discricionariedade pelos juízes nos casos difíceis. Hart sustenta que nas lacunas do direito, isto é, nos casos onde não há regra explícita para aplicação, o juiz deve decidir com base nas suas próprias convicções. Esta discricionariedade é ferrenhamente combatida por Dworkin, como bem aponta Calsamiglia:

O núcleo mais importante da crítica ao modelo da função judicial positivista está centrado no tema dos casos difíceis. Dworkin sustenta que quando existem contradições ou lacunas, o juiz não tem discricionariedade porque está determinado pelos princípios. Esta tese está fundamentada em dois argumentos: A) qualquer norma se fundamenta em um princípio; B) os juízes não podem criar normas retroativas. Têm a obrigação de aplicar os princípios porque formam parte essencial do direito. Os princípios não são pseudo-regras. Na análise dos princípios aparece com clareza meridiana a relação entre a argumentação moral e a argumentação jurídica.¹⁰⁰

Dworkin adverte que embora existam três graus de discricionariedade¹⁰¹, sua discordância diz respeito a apenas um destes graus: a discricionariedade forte, conforme denominação própria. A propósito do tema, esclarece Daniela R. Ikawa:

O estudo da divergência entre Hart e Dworkin quanto à existência ou não de discricionariedade do juiz em casos difíceis podem ser mais bem explicitado apontando-se as três acepções para o termo “discricionariedade”, indicadas por Dworkin. A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”. A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma. primeiras acepções perfazem, para Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas também por Hart. Apenas a terceira acepção indica, de acordo com Dworkin, o ponto de discordância. Ela corresponde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, a idéia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma.¹⁰²

¹⁰⁰ CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 14.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 51.

¹⁰² IKAWA, Daniela R. **Hart, Dworkin e discricionariedade**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf#search=%22hla%20hart%22> >. Acesso em: 03 set. 2011.

A discricionariedade em sentido forte, aplicada aos casos difíceis, permite que o juiz, manifestamente, crie uma regra nova sobre uma obrigação já existente, ou seja, que o juiz legisle retroativamente. É o que aponta Calsamiglia:

«Todavia, a recusa da discricionariedade do juiz tem também motivos políticos. Caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos dos indivíduos estão à mercê dos juizes. A tese da discricionariedade supõe retroatividade. Os direitos individuais só são direitos se triunfam frente ao governo ou à maioria. Deixar à discricionariedade do juiz a questão dos direitos significa não se tomar a sério os direitos. Frente ao poder jurídico do juiz - poder criador de direito discricionário - Dworkin propugna a função garantidora - não criadora - do juiz.»¹⁰³

Para frear a discricionariedade que positivismo conferia ao juiz no ato decisional e ao mesmo tempo não limitar por demais a atuação do Poder Judiciário, Dworkin propõe a adoção de uma interpretação construtivista segundo a qual, frente aos casos difíceis, ou naquelas situações nas quais não há regras de pronta aplicação, os juizes devem se socorrer dos princípios jurídicos e aplicar o direito como um todo, em sua integridade.

2.2.2 A cadeia do direito

Antes de adentrar a teoria do direito como integridade, urge destacar um importante aspecto dos escritos de Dworkin: a interpretação do direito como um romance em cadeia. Esse ponto, não apenas dá aporte à teoria do direito como integridade, como também fortalece a idéia de que os integrantes do Poder Judiciário (e, em uma interpretação mais extensiva, os próprios Poderes instituídos) podem e devem atuar de maneira concertada.

Em Dworkin, a prática do Direito implica reflexões, reflexividade, elucidação teórica e crítica, a solução de litígios e argumentações, a obtenção de respostas, e a descoberta do direito; em suma, itens de prática interpretativa são apresentados como uma atividade já submetida à reflexão, unificada e autocrítica. Assim, o projeto

¹⁰³ CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984. p. 15.

interpretativo passa a refletir a certeza de que poderá produzir um verdadeiro entendimento do direito se apresentar uma descrição integrada das idéias do direito.¹⁰⁴

Com esta predileção, o professor de Oxford apresenta o Direito como um exercício interpretativo, mais não um mero exercício de hermenêutica, e sim como o instrumento que dá verdadeiro significado ao seu pensamento, e ao mesmo tempo revela o caráter transdisciplinar que o Direito assume em sua visão, como podemos observar nesta passagem:

Sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral.¹⁰⁵

Dworkin desenvolve uma comparação do direito com a produção literária, na medida em que compara o juiz de direito com um crítico literário e escritor ao mesmo tempo. Ele parte da premissa de que a prática jurídica é um exercício interpretativo, “nos termos da filosofia do direito, a interpretação como um modo de conhecimento, como uma atitude epistemológica”.¹⁰⁶

No romance em cadeia, o primeiro autor redige um capítulo da obra e, portanto, dispõe de imensa liberdade para impor seu estilo particular, criando os personagens principais e o enredo da obra. Cabe ao segundo dar seguimento à obra, redigindo o capítulo seguinte, partindo, portanto, das premissas lançadas pelo primeiro autor. O segundo autor também inovará na obra, porém, inovará menos, dará continuidade às tramas já criadas, fará correções, impondo seu estilo. O mesmo ocorrerá com os demais autores subsequentes. Sendo assim, a partir do segundo autor a liberdade

¹⁰⁴ MORRISON, Wayne, 2006, p. 501.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 99.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 268.

criativa não será absoluta, sob pena de a obra perder sua harmonia e coerência, e, justamente, o seu caráter de obra.

Assim, o último autor sempre deverá conhecer os capítulos anteriores para manter coerência e harmonia com o restante da obra. Há liberdade para inovar em coerência, todavia este exercício exige domínio e respeito acerca daquilo que já foi construído.

Transpondo tal teoria para o Direito, Dworkin sustenta que o intérprete tem liberdade para construir sua decisão, conquanto respeite dois limites: a dimensão de ajuste e a justificativa. O primeiro exige que se guarde aquilo que já está construído no ordenamento jurídico, mantendo coerência e harmonia. O segundo limite exige que as modificações sejam justificadas racionalmente. O respeito a esses limites, permite que algumas construções interpretativas superem o marco anterior construído pelo ordenamento, e isso se dá justamente frente aos casos difíceis.

Nestes casos, julgados com base em princípios, os juízes devem se inclinar sobre as declarações dos juízes anteriores não para determinar qual seria o estado de espírito deles no momento daquelas decisões, mas sim para determinar o que foi realizado coletivamente, da mesma forma que cada escritor deve formar sua própria opinião sobre o que já foi feito.

E sustenta Dworkin:

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.¹⁰⁷

A idéia da interpretação do direito como um romance em cadeia permite que Dworkin sustente outro importante aspecto de sua teoria: o direito como integridade.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 198.

2.2.3 O direito como integridade

Na acepção de Dworkin o ordenamento jurídico de forma expressa deve perseguir “uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem.”¹⁰⁸ Tais ideais, os quais ele denomina de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo coexistem com uma quarta virtude, a *integridade*, que embora não se sobreponha as demais, faz com que elas se correlacionem.¹⁰⁹

A virtude da integridade se traduz em uma exigência de moralidade política e jurídica que pode ser compreendida a partir da noção corrente de harmonia, contudo, a ela não se resume, na medida em que

a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.¹¹⁰

Na visão de Dworkin, a integridade tem um papel preponderante na orientação de todos os ideais do sistema normativo:

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito. Essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesma. Sugerem aquilo que sustentarei: que a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos.¹¹¹

Para ilustrar sua teoria interpretativa, como crítica ao positivismo, Dworkin se concentra na natureza da argumentação e prática jurídica e apresenta três casos,

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 199.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 199.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 202.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 203.

sendo três norte americanos, a saber, *Riggs versus Palmer*, do século XIX, *Snail Darter*, de 1973, e o caso Brown, de segregação racial, e um caso inglês, o caso *MCLoughlin*. Em todos estes três casos, didaticamente apresentados na obra o Império do Direito, Dworkin argumenta que os juízes que foram fiéis à verdade do direito rejeitaram quaisquer sugestões de considerações políticas; ao contrário, empenharam-se em resolver a lide posta por meio da determinação do que era o verdadeiro direito. Embora houvesse divergências em cada caso, para Dworkin os argumentos remetiam à busca do direito; não apenas uma busca da resposta certa, mas da resposta jurídica certa.¹¹²

Com isso, Dworkin apresenta as bases da sua teoria do direito como integridade, que na lição de Gustavo Binbenbojm:

significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integridade de cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subjuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras como fonte do Direito.¹¹³

Na teoria do direito como integridade, o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva e “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”¹¹⁴

Mais do que uma teoria, Dworkin apresenta a integridade como uma virtude. Uma virtude que, dentre outros benefícios, contribui para a eficiência do direito, porquanto

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorram dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios

¹¹² MORRISON, Wayne, 2006, p. 503.

¹¹³ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85;

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 162-163.

exigem sob novas circunstâncias de cada um dos possíveis pontos de conflito.¹¹⁵

Segundo Dworkin, o Direito como integridade é mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões de casos difíceis serão tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. O pragmatismo, por seu turno, exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro.

A bem da verdade, a teoria do Direito como integridade nega que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados simplesmente para o passado, ou mesmo programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados unicamente para o futuro. Ela insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por tal motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento contínuo.¹¹⁶

Dworkin lista duas formas de integridade: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira, nas suas palavras, “restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação de direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar as normas públicas.”¹¹⁷ Significa dizer que, no exercício democrático de elaboração das normas, o Poder Legislativo, ou quem constitucionalmente lhe faça às vezes, deve manter-se coerente e harmônico com o ordenamento já existente.

Nas palavras de Dworkin:

Qualquer um que participe da criação do direito deve preocupar-se com a coerência de estratégia. Ele deve cuidar para que as novas regras que estabelece se ajustem suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que o conjunto de regras funcione em conjunto, e torne a situação melhor, em vez de tomar a direção contrária e piorar as coisas. [...] A coerência de princípio é uma outra questão, exige que os diversos padrões que regem o uso

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 229.

¹¹⁶ MORRISON, Wayne, 2006, p. 503

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 162-163.

estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça.¹¹⁸

A exigência de integridade legislativa na criação das leis aplica-se ao ordenamento como um todo, todavia, não se pode olvidar que deve render homenagem especial às normas hierarquicamente superiores e, mais ainda, àquelas normas que estabelecem diretrizes políticas. Exemplificativamente, no caso do Brasil, destaca-se o disposto no artigo 3º da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹¹⁹

Vê-se que a exigência de integridade na criação das normas aponta um limite implícito à legiferação. Conquanto, via de regra, o Poder Legislativo não esteja engessado às normas outrora criadas, é certo que as modificações casuísticas nas normas podem criar distorções e atrocidades no ordenamento jurídico.

A exigência de integridade na criação das normas também assegura um valor bem caro à humanidade, qual seja, a segurança. As normas existentes, embora, frisa-se, possam sofrer alterações, não o serão de forma aleatória ou desmedida, segundo a limitação imposta pela teoria do Direito como integridade.

E mais. Justifica Dworkin que a integridade protege a sociedade contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção parcial na medida em que existe mais espaço para o favoritismo ou o revanchismo em um sistema que permite que

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 163.

¹¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 set. 2011.

os fabricantes de automóveis e de máquinas de lavar sejam governados por princípios de responsabilidade diferentes e contraditórios.¹²⁰

Voltando ao cerne da questão, Dworkin aponta ainda uma segunda forma de integridade, a integridade na aplicação do direito, que se traduz na exigência de que os “juízes tratem nosso atual sistema de normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”.¹²¹ Ou melhor,

o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direito e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.¹²²

Explicando a idéia de integridade em Dworkin, escreve Baracho Júnior:

A integridade é dividida por Dworkin em integridade na legislação e integridade na aplicação. No primeiro caso, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios; no segundo, requer-se que aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei busquem coerência com a integridade. Isso explicaria porque os juízes devem conceber o corpo de normas que eles administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com um interesse meramente estratégico.¹²³

A teoria do direito como integridade exige que os juízes entendam o Direito estruturado como um conjunto coerente e harmônico de regras e princípios, com especial respeito à justiça, à equidade e ao devido processo legal.

É justamente aqui que Dworkin lança mão da já mencionada interpretação do direito como um romance em cadeia, eis que “o direito como integridade (...) começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.”¹²⁴

Esta idéia de interpretação construtiva do direito funda-se na necessidade de se compatibilizar o respeito às decisões políticas da comunidade com as necessárias

¹²⁰ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 228

¹²¹ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 260.

¹²² DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 271-271.

¹²³ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 121.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 274.

inovações que os juízes inserem no conjunto do direito vigente.¹²⁵ Deste modo, ao interpretar o direito, os juízes não se limitam a uma adequação mecânica às decisões políticas do passado. Ao contrário, a integridade recomenda, vale frisar, que eles atuem como se o Direito fosse estruturado por um conjunto coerente de princípios de justiça e equidade.

A adequação ao passado é construída, ao invés de encontrada já previamente à nossa disposição. Para a integridade, o passado institucional é muito importante, mas as decisões judiciais não podem ser tomadas apenas descrevendo este passado. Interpretar o direito é mostrá-lo à sua melhor luz.

Por outro lado, a harmonia com as regras e princípios não dá abertura à utilização de argumentos políticos. O direito como integridade exige que um juiz ponha à prova sua interpretação da lei, afastando-a de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas que interferem em sua comunidade.

O direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação à ramificação do Direito, pois o princípio da integridade pede para que os juízes tornem o Direito coerente como um todo. A compartimentalização em ramos específicos tem tom meramente didático na medida em que o Direito é um todo que se completa moldado sob a ótica constitucional.

O direito como completeza é também uma teoria não cética das pretensões juridicamente protegidas: sustenta que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo.¹²⁶

O direito como integridade dá lastro à atuação mais ativa dos magistrados do Supremo Tribunal Federal em face dos casos em que não há norma positivada regulando o processo objetivo de controle de constitucionalidade.

¹²⁵ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Direito como integridade e ativismo judicial: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: **Anais do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Brasília. 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_835.pdf. Acesso em: 10 ago. 2011.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 186.

Nesse contexto cabe a atuação ativa da Corte Superior naqueles casos em que há lacuna a ser sanada pela omissão do Poder Legislativo quanto à produção normativa, conquanto deva o direito servir de instrumento de solução aos casos complexos. Caberá aos magistrados adotar apenas como referência as decisões pretéritas, de forma a conferir coerência aos rumos adotados para o caso concreto. É o direito como integridade sendo utilizado de forma coerente, observando as bases do passado, mas voltado a solucionar as questões do presente à luz dos princípios que regem o ordenamento jurídico.

Assim, conquanto pautada em uma interpretação de princípios jurídicos, decorrentes do sistema normativo como um todo, sob a ótica do direito como integridade sustentada por Dworkin, é possível aferir legitimidade constitucional para a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal nos casos em que há lacuna normativa.

2.3 JEREMY WALDRON E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

Além dos próprios limites que a doutrina do direito como integridade de Dworkin impõe ao exercício da criação de normas processuais pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, é conveniente destacar que essa doutrina reforça as balizas que devem ser observadas pelos magistrados na interpretação da legislação.

Embora indispensável à atuação dos magistrados em face dos casos difíceis, o emprego da argumentação construtiva por princípios jurídicos não pode perder de vista que a criação do direito é atribuição da esfera Legislativa. Nas palavras de Waldron “há dignidade na legislação”.¹²⁷

Antes de expor os desdobramentos da teoria política elaborada por Waldron, é imperioso fazer um corte metodológico neste trabalho. Além do seu notável projeto

¹²⁷ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

de defesa da legislação, Waldron é reconhecido por suas incisivas críticas ao *judicial review* (controle de constitucionalidade norte-americano).¹²⁸

Assim, para esta pesquisa a teoria política entabulada por Waldron será encarada naquilo que vai de encontro à teoria do direito como integridade, a saber, a necessidade de se encarar o fruto da atuação do Poder Legislativo com a mesma importância dada ao trabalho do Poder Judiciário.

Em síntese, a teoria política da dignidade da legislação deve ser vista nesta dissertação como um reforço à integridade na legislação e um contraponto ao excesso de poder que, equivocadamente, se possa atribuir ao Poder Judiciário. Dá mesma forma que, via de regra, o processo não pode ser iniciado por quem detém a competência de julgá-lo, as leis gerais não devem ser criadas por aqueles que detêm a primazia de sua aplicação e julgamento.

Para assegurar este primado, os ordenamentos jurídicos contemporâneos estão ancorados sobre a teoria da separação dos poderes instituídos por suas respectivas Cartas Constitucionais¹²⁹. A compreensão dessa pesquisa passa por esta questão, porquanto, cabe frisar, o que assegura a posição de destaque e o próprio funcionamento e a legitimidade de cada um dos Poderes instituídos é justamente a existência de competência específica e de limites entre eles.

Em outras palavras, a proeminência do Poder Judiciário é garantida pelo respeito de todos os poderes e do próprio Judiciário as suas funções constitucionalmente estabelecidas. Todo sentido do ordenamento jurídico constitucional depende que o Poder Judiciário, ao proferir uma decisão, o faça em referência a um direito previamente existente criado de maneira democrática, de tal sorte que a sociedade possa se considerar co-criadora daquela decisão.

¹²⁸ Não obstante, Jeremy Waldron reconhece que o controle judicial de constitucionalidade pode ser necessário para enfrentar patologias específicas, em um ambiente em que certas características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes. (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**, 2005. p. 1346. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/links/waldron.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2011.

¹²⁹ A teoria da separação dos poderes, como já destacado, será melhor abordada, naquilo que toca à presente dissertação, no capítulo seguinte.

A teoria de Waldron, ainda que não trate especificamente da separação dos poderes, é crucial para essa conclusão na medida em que chama a atenção para a importância desempenhada pelo Poder Legislativo e para a necessidade de não se vilipendiar suas funções, sobre as rubricas das falhas históricas dos representantes do povo.

2.3.1 A dignidade da legislação: limite expreso ao uso desmedido à discricionariedade judicial (aplicação desmedidas dos princípios)

Para sustentar sua teoria política, Waldron afirma que a teoria jurídica está demasiadamente acostumada a uma oposição entre a imagem de um Judiciário bastante idealizado em contraponto com uma descrição “crua” da política realmente existente. As críticas ressaltam apenas seus aspectos mais negativos, rivalizando com uma atuação adequada e necessária do Poder Judiciário. Nas suas palavras, a teoria política permitiu a construção de “um retrato idealizado do julgar [...] junto com o retrato de má fama do legislar”.¹³⁰

De forma ainda mais explícita, Waldron aponta que a legislação está envolta numa visão altamente pessimista, que empresta forte credibilidade à idéia de revisão judicial:

Não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros (...) menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores saturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial.¹³¹

O retrato negativo do Poder Legislativo - e da decorrente legislatura - desenhado pela filosofia jurídica e política lança significativas dúvidas sobre as credenciais da legislação como fonte do direito. Isso, além de enaltecer a idéia de uma revisão judicial das leis, faz com que a legitimidade dos outros poderes, sobretudo do Poder

¹³⁰ WALDRON, Jeremy, 2003, p. 01.

¹³¹ WALDRON, Jeremy, 2003, p. 01.

Judiciário para o exercício da legislatura seja ignorada, quando não levemente justificada, mesmo que para além de suas atribuições e competências.

Ao contrário do que poderia se supor, Waldron não se atém às causas da má fama do Poder Legislativo, mas sim objetiva descrever um modelo “jurisprudencial capaz de compreender normativamente a legislação como forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros atores em um sistema jurídico”.¹³²

Imbuído deste propósito, ele busca desmistificar a legislação como algo obscuro e negro para construir um “*retrato róseo da legislatura*”:

Como seria construir um retrato róseo das legislaturas, que correspondesse, na sua normatividade, talvez na sua ingenuidade, e, certamente na sua qualidade de aspiração, ao retrato dos tribunais – ‘o fórum do princípio’, etc. – que apresentamos nos momentos mais elevados da nossa jurisprudência constitucional.¹³³

Em outras palavras, Waldron reforça a necessidade de se combater o falacioso argumento de que o legislativo é irracional mediante o resgate da dignidade do parlamento como forma de conter a discricionariedade judicial. Dessa forma busca afastar o atropelo da legislação existente por parte do Poder Judiciário.

E vai além. Explicitamente, Waldron sustenta a necessidade de uma construção doutrinária que idealize a legislatura, tal como Dworkin faz com a judicatura:

Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial.(...) tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, ‘Hércules’, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório.¹³⁴

Através da filosofia analítica e da tradição do pensamento jurídico de Kant, Locke e Aristóteles, Waldron estabelece as suas matrizes teóricas para não só sustentar a dignidade do Poder Legislativo e da legislação, como também para frear o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário:

¹³² WALDRON, Jeremy, 2003, p. 02.

¹³³ WALDRON, Jeremy, 2003, p. 03.

¹³⁴ WALDRON, Jeremy, 2003, p. 02.

Kant é associado à noção de que há severos limites às reivindicações que o direito positivo pode fazer ao pensamento moral autônomo da pessoa individual; Locke é, filosoficamente, o pai fundador da legislatura limitada e da ideia de direitos naturais sobre a legislatura, e Aristóteles é mais comumente associado à suspeita da democracia e às ideias de virtude política com base nas quais muitas vezes se defende um papel reforçado par ao judiciário.¹³⁵

A preocupação central de Waldron está na defesa do Poder Legislativo como o melhor meio para a tomada das decisões políticas. Assim, ao longo de suas duas principais obras, quais sejam, “A dignidade da legislação” e “Direito e desacordos”, Waldron advoga em defesa da legislação basicamente sob dois enfoques. Primeiramente através da exaltação e justificação do Parlamento e de seu método de atuação. E, segundo, por meio da defesa e justificação da própria legislação enquanto produto da atuação do Poder Legislativo.

Waldron constata que dos três elementos que formam toda a concepção do controle de constitucionalidade; quais sejam, a Constituição, os tribunais, e a atividade parlamentar, é este último que injustificadamente não tem recebido a menor atenção por parte dos teóricos do direito.¹³⁶

Tradicionalmente, os teóricos do direito em geral têm se ocupado com as estruturas e os aspectos formais do Direito, ou com a sua aplicação. No que se refere ao processo de criação do direito, por sua vez, a preocupação está centrada nos seus aspectos sociológicos, de modo que se tem olvidado sistematicamente de analisar a tarefa do legislador.

Diante disso, Waldron resgata a importância de se analisar o direito a partir da fonte de criação das regras e princípios: o Parlamento. Diferentemente das outras instituições que compõem o Estado, afirma o doutrinador que o Parlamento é composto por pessoas que representam melhor o pluralismo social.

No que se refiere tanto a una cuestión de escala em una representación descriptiva o que funcione como “sucedáneo de la participación popular”, como al simple hecho de englobar em una institución eminentemente deliberativa una pluralidad de voces discordantes que más o menos refletem la pluralidad de la sociedad em su conjunto, y que permitam el intercambio

¹³⁵ WALDRON, Jeremy, 2003, p. 06.

¹³⁶ WALDRON, Jeremy, 2005a, p. 1348.

racional de argumentos em búsqueta de la mejos decisión política a un problema común.^{137 138}

O valor político que se associa de forma mais natural com o Parlamento moderno e com a sua autoridade na criação do direito (a legislação enquanto direito positivo) é o da legitimidade democrática.¹³⁹ A melhor maneira de se veicular decisões políticas é por intermédio da legislação parlamentar.

E mais. Waldron destaca que no Poder Legislativo as discussões são mais abertas e francas, e são suscetíveis a qualquer tipo de argumento, ao contrário do que ocorre nos Tribunais, nos quais as discussões são restritas aos argumentos de princípios jurídicos pautados no direito existente.

Conforme sua abordagem, enquanto produto do Parlamento, a legislação é legítima e deve ser respeitada na medida em que se origina de um processo de tomada de decisão constitucionalmente assegurado, cuja resposta é capaz de assegurar os anseios do povo legitimador:

La legislación es legítima porque es el resultado de un proceso de toma de decisiones legítimo desarrollado en un órgano también legítimo: el Parlamento. Y su autoridad deriva de que es capaz de proporcionar una respuesta a la necesidad de una acción común frente a un determinado problema sobre el que existen amplios desacuerdos, una respuesta que se respetuosa de tales desacuerdos, así como de la autonomía y la igual dignidad de todas las personas.^{140 141}

Refletindo a legitimidade conferida ao Poder Legislativo é importante que as comunidades tomem suas decisões comuns, utilizando-se dos procedimentos que

¹³⁷ GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. La filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. XXXV.

¹³⁸ Não que se refere tanto a uma questão de escala ou de representação descritiva que funcione como “substitutos da participação popular”, como o simples direito de englobar uma instituição eminentemente deliberativa e que inclui uma pluralidade de vozes discordantes, mas que refletem a pluralidade de uma sociedade em seu conjunto, e que permitam a troca racional de argumentos em busca da melhor decisão política para o problema comum. [Tradução livre].

¹³⁹ WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marchal Pons, 2005. p. 69.

¹⁴⁰ GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis, 2005, p. XXXII.

¹⁴¹ A legislação é legítima porque é o resultado de um processo decisório legítimo desenvolvido em um órgão igualmente legítimo: o Parlamento. E sua autoridade deriva do fato de que é capaz de proporcionar uma resposta a necessidade de uma ação comum frente a um determinado problema do qual haja divergências, uma resposta que seja respeitosa com as discordâncias, bem como com a autonomia e a dignidade de todos os particulares. [Tradução nossa].

se mostrem respeitosos e que permitam que as contendas sejam estabelecidas no debate sobre o qual deveria ser a solução para o problema comum.¹⁴²

Sem prejuízo de sua tese afirma Waldron que o processo decisório no Parlamento pode ser sintetizado em um único termo: desacordo. Ele reconhece que em assuntos políticos o consenso entre as partes é praticamente impossível. A despeito disso, sustenta que as comunidades carecem da realização de ações comuns, motivo pela qual, mesmo em discordância, a escolha de uma ação comum sempre será necessária.

A partir dessas premissas, Waldron apresenta a adoção do critério majoritário de tomada de decisões. O critério majoritário, segundo aduz, é o melhor para preservar o ideal de autogoverno da forma mais plena, pois reconhece a igualdade dos cidadãos e sua capacidade de tomar decisões autônomas.¹⁴³

A conclusão não se dá ao acaso, nem mesmo reveste-se de simples técnica de decisão. Justifica-se e coaduna com suas idéias à medida que converge para o entendimento de que o processo majoritário é um procedimento respeitoso. A decisão majoritária tomada nas câmaras legislativa é um processo decisório e eficaz que respeita os indivíduos de duas maneiras.

Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade das suas diferenças de opinião quanto à justiça e o bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. [...] disse que o majoritarismo respeita os indivíduos de duas maneiras. Ele os respeita, como vimos na seção V, ao tratá-los como iguais na autorização da ação política.¹⁴⁴

Com efeito, a dignidade da legislação decorre basicamente de dois argumentos. Primeiro da legitimidade do Parlamento. E segundo, do procedimento respeitoso no qual a decisão política é manifestada.

Relegando todas as decisões políticas à seara do Poder Legislativo, pode se dizer, com segurança, que apenas diante da inércia daquele é que se justifica a atuação

¹⁴² GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis, 2005, p. XVIII.

¹⁴³ WALDRON, Jeremy, 2003, p. 183.

¹⁴⁴ WALDRON, Jeremy, 2003, p. 192.

ativa do Poder Judiciário na normatização dos casos que são submetidos à sua apreciação. Ou seja, a colmatação de lacunas normativas, por meio do direito como integridade, como propõe Dworkin, está limitada à ausência de normas do Poder Legislativo.

É de suma relevância destacar que, neste quadrante, a atuação do Poder Judiciário deverá partir do arcabouço principiológico criado pelo Poder Legislativo. Não custa lembrar que os princípios jurídicos são normatizados por intermédio das deliberações do Legislativo acerca das questões morais, sociais e outras. Enquanto não incorporadas ao ordenamento jurídico, tais questões não passam de políticas cujo campo de aplicação é de uso exclusivo do Poder Legislativo.

Este claro limite decorre da autoridade do legislador, limitado apenas pela Superioridade da Constituição. Segundo Waldron, a única maneira de se manter fiel ao valor da autoridade do legislador democrático e de preservar a dignidade da legislação consiste em não sobrepor aos limites das corretas funções dos aplicadores do direito, ou seja, em não introduzir questões, denominadas por Dworkin, de políticas na aplicação dos casos, e, como não poderia deixar de ser, manter-se fiel a tudo o que o legislador tenha produzido: o texto da lei.¹⁴⁵

Não se olvida que diante das lacunas normativas é dada ao Poder Judiciário a possibilidade de decidir por argumentos de princípios jurídicos. Todavia, se existente norma expressa, esta atuação deve ter o texto normativo como referência, sob pena de discricionariedade judicial.

É importante que este limite fique bem estampado, porquanto o divulgado senso comum de que o político eleito é corrupto, de que os partidos são por princípio venais, e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis, tem legitimado, sob o prisma da teoria de Waldron, a indevida atuação legislativa do Supremo Tribunal Federal.

Em arremate, a proposta de Waldron não refuta a possibilidade de construção interpretativa do processo objetivo por intermédio da aplicação do direito como

¹⁴⁵ WALDRON, Jeremy. 2005b. p. 105.

integridade. Ela, por outro lado, resgata a necessidade deste tipo de debate ser feito primeiramente na esfera legislativa e, em segundo lugar, partindo do arcabouço normativo já existente.

3 A REGULAÇÃO DO PROCESSO OBJETIVO POR MEIO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No capítulo anterior restou delineado que a doutrina do direito como integridade de Dworkin traduz-se em exercício de interpretação construtiva que melhor justifica de o conjunto das práticas jurídicas dos Tribunais Superiores, de modo que, dela é possível extrair a legitimidade da construção normativa de regras pelo Poder Judiciário.

De igual forma, em contraponto a tal doutrina, ficou também asseverado, segundo a concepção teórica de Waldron, ser imprescindível respeitar o Poder Legislativo e as decisões políticas dele emanadas, haja vista que há dignidade na legislação e legitimidade no processo de sua elaboração.

Cumprido, por derradeiro, destriçar as possibilidades e os limites da criação normativa das regras processuais do controle abstrato de constitucionalidade pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, ou melhor, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, inclusive mediante a análise de alguns casos práticos.

Antes, todavia, é imprescindível registrar como o processo objetivo e a competência para sua edição é versada na Constituição da República Federativa do Brasil.

3.1 A COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO PARA A DISCIPLINA DO PROCESSO OBJETIVO

3.1.1 A teoria da separação dos poderes

As primeiras bases teóricas para a implementação da teoria da Tripartição de Poderes foram lançadas na Antiguidade Grega pelo filósofo Aristóteles, em sua obra

“Política”¹⁴⁶, na qual vislumbrava a existência de três funções distintas de atribuição do Poder Soberano, quais sejam, a função de editar as normas gerais, a função de aplicá-las e a função de dirimir as controvérsias advindas da aplicação das normas gerais.

Aristóteles descrevia o exercício de tais funções concentrado em uma única pessoa: o soberano. Coube, portanto, aos pensadores que o sucederam adaptar a doutrina da Tripartição de Poderes às necessidades e contextos políticos posteriores. Neste sentido, John Locke, Rousseau e Montesquieu aprimoraram a teoria da Tripartição dos Poderes separando as atribuições identificadas por Aristóteles em órgãos distintos, na qual o órgão Legislativo se encarregaria da função de criar as leis, um órgão Executivo cuidaria da função de aplicar as leis, e um terceiro, órgão Judiciário, se incumbiria de julgar as controvérsias surgidas na aplicação das leis.

Após o reajuste doutrinário do pressuposto introduzido por Aristóteles, Montesquieu difundiu a concepção da Tripartição dos Poderes dentro de uma ótica liberal de Estado burguês, em seu livro “O Espírito das Leis”¹⁴⁷, e assumiu os créditos por esta doutrina presente na maioria dos Textos Constitucionais Contemporâneos.

É o que aponta, em boa síntese, José Afonso da Silva:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke, e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser defendida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positivada nas Constituições das ex colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição e sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.¹⁴⁸

Vale reprimir: na concepção defendida por Montesquieu as três funções estatais estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e

¹⁴⁶ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁴⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

independentes. Portanto, cada uma das funções estatais corresponderia a um órgão, não mais se concentrando em um único soberano. Assim, com esta dicção, a Teoria da Tripartição dos poderes se contrapôs ao absolutismo e serviu de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos, tais como a Revolução Americana e a Revolução Francesa; tendo, por fim, se consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu artigo 16, que diz:

Artigo 16 - Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.¹⁴⁹

A partir da previsão na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, o sistema de Tripartição dos Poderes foi consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, bem como foi associado à idéia de Estado Democrático. Com efeito, deu ainda origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*, segundo a qual os poderes instituídos pelo Poder Constituinte agem dentro de uma esfera de competência específica na qual a atuação de uns restringe e controla a atuação dos demais.¹⁵⁰

Em termos práticos o Estado, como bem anota Seabra,

uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente), são três fases da atividade estatal, que se completa, e que a esgotam em extensão. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante. Ao Poder Legislativo delega o direito escrito a quase totalidade das atribuições de natureza legislativa, como, de modo semelhante, delega as de natureza administrativa e jurisdicional aos Poderes Executivo e Judiciário, respectivamente.¹⁵¹

¹⁴⁹ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Assembléia Nacional. 02 de out. de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 14 out. 2011.

¹⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 184-185.

¹⁵¹ FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 17.

É de se destacar que a teoria da Tripartição de Poderes foi adotada de forma abandonada pela maioria dos Estados Modernos. Diante das realidades históricas e sociais de cada país, os textos constitucionais instituíram a separação dos poderes, contudo, permitiram formas de interpenetração entre os poderes.

É o que aponta José Afonso da Silva:

Hoje, o princípio não se configura com aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmoniosa dos poderes.¹⁵²

É dizer: dentro da linha traçadas pela teoria da Tripartição dos Poderes, os textos constitucionais instituíram as funções típicas de cada um e permitiram o exercício atípico de outras funções. Importante registrar que, por decorrer de expressa previsão constitucional, o exercício atípico das funções não ofende a separação dos poderes.

Ao contrário, o relacionamento dos poderes, dentro dos limites instituídos pelo Constituinte é mais uma forma de legitimar o Estado. A propósito do tema, é a lição de Canotilho e Moreira:

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros de poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (Verfassungstreue, na terminologia alemã). A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade do Estado (statesmanship).¹⁵³

¹⁵² SILVA, José Afonso da, 2006, p. 109.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do presidente da república**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 71.

Na mesma diretriz dos Estados Constitucionais Contemporâneos, o Brasil também adotou a Teoria da Tripartição de Poderes. O constituinte brasileiro instituiu os três poderes clássicos: Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta terminologia, por seu turno, além de universalmente adotada é tradição do Direito Público nacional, porquanto advém da Constituição Imperial (capítulo II), passando pela Constituição da República de 1981 (capítulo V, seção 2) e todas as demais, até culminar na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, vale registrar, adotou expressamente a forma de Tripartição dos Poderes em seu artigo 2º, que diz:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.¹⁵⁴

Nesse cenário político instituído, cada um dos Poderes, além das funções que lhes são originalmente típicas, assumiu outras que o constituinte, dentro da sua supremacia, lhes outorgou. Passemos à análise do Poder Legislativo e da sua função primordial: a criação das leis gerais e abstratas.

3.1.2 O Poder Legislativo e a função de editar as normas do processo objetivo

O Poder Legislativo, também intitulado de legislatura, é a função do poder do Estado que, na dinâmica da teoria da Tripartição dos Poderes, goza da atribuição de criar as leis. Em outras palavras, é por meio da função Legislativa que o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição que o instituiu, estabelecendo, com isso, normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva em todas as suas nuances.¹⁵⁵

Vale destacar que, nos Estados modernos, a formulação do direito objetivo é obra exclusiva do Poder Legislativo. Este Poder é representado pelos legisladores, homens, cidadãos comuns, escolhidos, por meio de um processo democrático, para elaboração das leis que regulam o Estado. Na maioria dos Estados Modernos o

¹⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). 1988.

¹⁵⁵ FAGUNDES, M. Seabra, 1957, p. 19.

Poder Legislativo é constituído pelo Congresso, pelo Parlamento, pelas Assembléias e pelas Câmaras, não necessariamente de forma concomitante.

O principal objetivo do Poder Legislativo, como já destacado, é a elaboração de normas de direito, de abrangência geral ou individual que são aplicadas a toda sociedade, para sua regulação e do próprio Estado.

A legislação, destarte, é o processo pela qual um ou vários órgãos estatais formulam e promulgam normas jurídicas de observância geral. Neste sentido, a atividade legiferante é tida como a fonte primacial do direito, a fonte jurídica por excelência. Este fenômeno é observado ainda com mais clareza nos países de direito escrito e de Constituição rígida.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu título IV, destinado especificamente à Organização dos Poderes, capítulo 1, do Poder Legislativo, artigo 44, que “O Poder Legislativo (brasileiro) é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”¹⁵⁶

Adiante, ainda no mesmo capítulo, porém na segunda seção, que dispõe acerca das atribuições do Congresso Nacional, o artigo 48 estabelece que a ele (Congresso Nacional) cabe a atribuição de legislar sobre as matérias de competência da União, dentre as quais, se inclui a regulação das normas processuais, como se pode extrair do disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil. Eis o teor dos mencionados dispositivos constitucionais:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:¹⁵⁷

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;¹⁵⁸

¹⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988), 1988.

¹⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988), 1988.

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988), 1988.

Por intermédio da função legislativa, o Estado cria a lei no sentido lato (ou direito objetivo) que, na condição de vontade coletiva geral, destina-se a regular a atividade dos cidadãos, a organizar politicamente o Estado e a regular os procedimentos para resolução dos conflitos.

Na regulação dos procedimentos de resolução dos conflitos o Estado cria as normas processuais. Estas, por sua vez, consistem nas regras que levam à aplicação das leis materiais aos casos particulares submetidos ao julgamento do Estado através dos seus órgãos jurisdicionais.

As normas processuais são, portanto, o complexo de regras e princípios, criados pela atividade legiferante, que regem a atividade do Poder Judiciário e dos seus auxiliares, assim como a atividade das partes, na administração da justiça e aplicação do Direito ao caso concreto.¹⁵⁹

Com o intuito de aprimorar a atividade jurisdicional cuidou o legislador de estabelecer regras e princípios voltados à pacificação social, guardando, contudo, a observância da aplicabilidade da norma conforme a situação em voga.

Dessa forma, observa-se no sistema processual a existência de comandos voltados à garantia da supremacia da Constituição e conseqüente harmonia do ordenamento jurídico, bem como normas destinadas à solução de conflitos diante de interesses particulares. Trata-se, na primeira acepção, da produção normativa voltada ao processo objetivo¹⁶⁰, objeto deste estudo; e, por outro lado, das normas processuais aplicáveis ao processo subjetivo, que se ocupará do caso concreto.

¹⁵⁹ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva. 1957, p. 19.

¹⁶⁰ É interessante registrar que, por ausência de previsão expressa na Constituição Federal de 1988, Lenio Luiz Streck sustenta que o processo objetivo deveria ser regulado por emenda constitucional: "A competência para elaboração de leis federais está prevista no art. 22 da Carta Política, estando fixado que é da competência privativa da União legislar sobre direito processual. Não há previsão para estabelecer normas sobre jurisdição constitucional. Assim, tudo está a indicar que a Lei 9.868 não é uma simples regra de direito processual, e, sim de algo novo no direito brasileiro, qual seja, a especificação do funcionamento da jurisdição constitucional. Desse modo, somente por emenda constitucional que estabelecesse a possibilidade de elaboração de um lei se poderia tratar dessa matéria." (STRECK, Luiz Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 425-426). A posição é isolada e ignora o fato de

3.2 AS NORMAS DO PROCESSO OBJETIVO

Conforme relatado no capítulo 01, a grande maioria dos conflitos da sociedade envolve partes, quer sejam pessoas físicas, quer sejam pessoas jurídicas; todas em busca de um interesse próprio. Estes conflitos são regulados pelo processo subjetivo. O fato de ter um interesse particular em questão é o ponto nodal da diferença existente entre o processo subjetivo e o processo objetivo.

Deste modo, diz-se que a principal linha de distinção entre o processo objetivo e o processo subjetivo é a inexistência de conflito intersubjetivo de partes. Com efeito, a questão posta em juízo no processo objetivo não diz respeito a nenhum dos envolvidos no processo, mas sim ao sistema constitucional com um todo, ou melhor, à Supremacia da Constituição.

Esta constatação em nada interfere na competência do Poder Legislativo para a criação das normas do processo objetivo, tal como o faz para o processo subjetivo. Todavia, ela, de certa maneira, conduz à necessidade de uma regulamentação específica do processo objetivo, que visa dar escopo às suas peculiaridades (já relatadas no capítulo 01).

Neste sentido, convém apontar a falha do Poder Legislativo: as primeiras discussões - ainda em âmbito judicial, vale esclarecer - acerca do processo objetivo no Brasil e de suas peculiaridades datam do final da década de 1940, quando se julgavam as primeiras ações interventivas do Brasil.

Todavia, a primeira lei que versou acerca do processo objetivo no Brasil, qual seja, a Lei n.º 9.868, só foi promulgada em 10 de novembro de 1999. Em aproximadamente meio século, não houve no Brasil nenhuma norma positivada com o objetivo de disciplinar as questões do controle abstrato de constitucionalidade. Transcorreram-se longos anos em que houve plena de inércia Poder Legislativo, cabendo, pois, ao Poder Judiciário neste interregno a regulação do processo objetivo.

que o processo objetivo não deixa de ser matéria processual, logo, com previsão expressa na constituição.

A mencionada lei, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, forma juntamente com a Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, (que disciplina o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental), o marco regulatório do processo objetivo no Brasil.

A grande maioria das normas criadas por estas duas leis são, em verdade, mera posituação da prática ativista do Supremo Tribunal Federal, que, dada a ausência de regulação construía as normas que deveriam ser aplicadas no processo objetivo sempre que se via frente a alguma lacuna normativa, ou na linguagem adotada pelo referencial teórico desta dissertação, em face de um caso difícil.

3.2.1 Autocriação e heterorreferência no processo constitucional

Conforme já mencionado, o processo de criação de normas processuais pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se deu mediante o emprego das técnicas de autocriação e heterorreferência. Passa-se a análise de cada uma destas técnicas.

3.2.1.1 Autocriação

Na lição de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, tem-se “a autocriação de uma regra processual quando certa autoridade estatal estabelece normas e padrões que ela mesma deve seguir”.¹⁶¹ Em termos práticos, a autocriação se constitui pela consolidação de padrões estabelecidos, como tradição ou costume, que a autoridade criadora reconhece como juridicamente vinculante.

¹⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 244-245.

Sob a perspectiva do direito positivo, a autocriação assume dupla feição. Pode ser *contra legem* ou *constitutionem*, quando o Tribunal formata regra processual que vai de encontro a algum dispositivos legais ou mesmo constitucionais, obviamente, justificando a sua aplicação. Ou, pode ser *praeter legem* ou *constitutionem*, quando o Tribunal elabora soluções processuais para além do ordenamento legal e constitucional, com vistas à supressão de eventual lacuna normativa.

A inspiração para a autocriação processual advém da postura adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, que, no início de suas atividades, dizia-se, em suas decisões, senhor de seus processos constitucionais (*Herr seines Verfahrens*).¹⁶²

Bem antes de o Tribunal Constitucional alemão avocar a competência para regulação do processo objetivo, outro renomado tribunal já havia assumido postura idêntica, criando o mais conhecido precedente em matéria de controle de constitucionalidade já conhecido. Ao julgar o caso *Marbury versus Madison*, mais do que afirmar o controle de constitucionalidade (*in casu*, difuso), a Suprema Corte americana firmou a sua competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis federais.

Na nomenclatura aqui utilizada, a Suprema Corte americana utilizou-se da autocriação processual para firmar a sua competência no controle de constitucionalidade das leis federais dos Estados Unidos da América. Na apurada percepção de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi “toda a história da Suprema Corte dos EUA indica contínuos deslocamentos autocriativos em âmbito processual: sucessivas ampliações ou restrições de suas competências e das formas de exercício do controle de constitucionalidade.”¹⁶³

E não foi diferente no Brasil. Na ausência de normas processuais acerca do controle de constitucionalidade *in abstracto* o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura ativista na estruturação e regulamentação do processo objetivo. Aliás, a recepção do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de 1988 retrata um típico caso de autocriação processual.

¹⁶² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 245.

¹⁶³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 246.

Explica-se. A Constituição Federal do Brasil de 1967 previa em seu artigo 115, parágrafo único, a competência do Supremo Tribunal Federal para a elaboração do seu Regimento Interno, disciplinando, inclusive, o processo e o julgamento dos feitos de se sua competência (alínea “c”):

Art 115 - O Supremo Tribunal Federal funcionará em Plenário ou dividido em Turmas.

Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá:

- a) a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, n.º I, letras *a, b, e, d, i, j e l*, que lhe são privativos;
- b) a composição e a competência das Turmas;
- c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso;
- d) a competência de seu Presidente para conceder *exequatur* a cartas rogatórias de Tribunais estrangeiros¹⁶⁴

Face tal previsão constitucional, em 15 de outubro de 1980, o Supremo Tribunal Federal aprovou seu Regimento Interno cujo escopo se extrai do seu artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º Este Regimento estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela constituição da República e a disciplina dos seus serviços.¹⁶⁵

Assim, dentre outras questões de ordem eminentemente processual, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal regulamenta em seu Título IV, Capítulo I, artigos 169 a 178, o processo de declaração de inconstitucionalidade. Nestes nove artigos, encontram-se as mais diversas questões processuais, tais como, impossibilidade de desistência da ação proposta (art. 169, § 1º); impossibilidade de intervenção de terceiros (art. 169, §2º); medida liminar (art. 170); causa de suspensão de julgamento (art. 173), e outros.

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, vedou a regulamentação de questões processuais por intermédio de Regimentos Internos, *ex vi* da formatação restritiva do artigo 96, inciso I, alínea “a”:

Art. 96. Compete privativamente:

¹⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). 1988.

¹⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: atualizado até fevereiro de 2010. Brasília: STF, 2011. p. 10.

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;¹⁶⁶

Todavia, mesmo assim, ao avaliar a constitucionalidade (*rectius*, a recepção) das normas processuais contidas no seu Regimento Interno o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Originária n.º 32, em voto de relatoria do ministro Marco Aurélio, destacou que:

As normas processuais contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram recepcionadas pela atual Carta, no que com ela se revelam compatíveis. O fato de não se ter mais a outorga constitucional para edição das citadas normas mediante ato regimental apenas obstaculiza novas inserções no Regimento, ficando aquém da derrogação quanto às existentes à época da promulgação da Carta.¹⁶⁷

Esse posicionamento revela a adoção da autocriação processual, porquanto o Tribunal legislou, com amparo da Constituição, e, em seguida, convalidou sua legislação.

Há outros exemplos de autocriação processual pelo Supremo Tribunal Federal no processo objetivo. O mais relevante deles remonta às primeiras ações de controle de constitucionalidade *in abstracto*, quando, na vigência da Constituição de 1967, o STF entendeu possuir um poder geral de acautelamento, e, mesmo sem nenhuma previsão constitucional ou legal, conferiu medida cautelar na Representação de Inconstitucionalidade n.º 933.

Não a salvo de críticas, este posicionamento do STF foi aplicado reiteradamente, até que a emenda constitucional n.º 7, de 1977, o convalidou, permitindo, expressamente, a concessão de medidas liminares nas Representações de Inconstitucionalidade.

¹⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). 1988.

¹⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Originária n.º 32**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Castro Nunes. Distrito Federal. 17 jul. 1946.

3.2.1.2 Heterorreferência

Na acurada lição de Dimitri Dimoulis o termo heterorreferência assume dois significados. O primeiro é típico, porque decorre da hierarquia das fontes do direito e indica os casos em que certa autoridade reconhece e aplica regras criadas por outras autoridades.¹⁶⁸

O segundo significado que o termo heterorreferência possui se refere às hipóteses nas quais, após a primeira cristalização das regras do processo objetivo, o Tribunal Constitucional adota elementos processuais provenientes de outros ramos do direito processual, subjetivando o processo objetivo e submetendo-o a regras que não lhe são próprias.¹⁶⁹

3.3 DA LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA REGULAÇÃO DAS LACUNAS NORMATIVAS DO PROCESSO OBJETIVO: POSSIBILIDADES E LIMITES

Nos moldes alinhavados no capítulo 01, a Justiça Constitucional apresenta como função nuclear a defesa rotineira da Constituição. O Tribunal Constitucional, neste mesmo diapasão, é alçado à condição de curador da Constituição, isto é, está incumbido da proteger e dar concretude ao primado da Supremacia da Constituição.

No exercício deste mister, o Poder Judiciário, mais precisamente os Tribunais Constitucionais, tem o direito/dever de se enveredar para concretizar os mecanismos constitucionais de defesa da Constituição, inclusive, face aos empecilhos criados pelos outros Poderes institucionais (Legislativo e Executivo).

E o que dá lastro a isso é a prerrogativa que os Tribunais gozam de estruturar os mecanismos de proteção da Constituição. A função estruturante da Jurisdição Constitucional, na lição de André Ramos Tavares, é o meio pelo qual os Tribunais

¹⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 246.

¹⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 248.

Constitucionais promovem a adequação e a harmonização formal dos instrumentos de defesa da Constituição:

O que a justiça Constitucional realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constante na Constituição. Trata-se da calibragem do sistema, eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Mas não se busca, por meio dessa função, apenas impor o princípio da não contradição interna, mas igualmente obter um funcionamento prático do ordenamento.¹⁷⁰

A função estruturante é tão cara ao Poder Judiciário na defesa de suas funções que, em alguns casos, por expressa previsão constitucional, ele mesmo cuida da disciplina legal dos procedimentos sujeitos ao seu crivo. Neste sentido, é conveniente destacar que a 17^o Secção da Lei Federal Judiciária de 1789 dos Estados Unidos da América deferiu aos tribunais americanos o poder de disciplina das regras necessárias ao desenvolvimento dos seus trabalhos. Com isso, em 08 de maio de 1972, a Suprema Corte americana, no uso desta prerrogativa, criou seu regimento interno disciplinando, inclusive, as regras processuais dos procedimentos sobre sua jurisdição.

A propósito do tema é a lição de Baldwin¹⁷¹, segundo o qual “the Supreme Court, under power derived from acts of Congress, has framed rules of procedure for the United States in equity and Admiralty.”¹⁷²

No mesmo sentido, assevera Willoughby¹⁷³ que a Suprema Corte americana tem competência para editar normas de direito processual, porém, segundo leis

¹⁷⁰ TAVARES, André Ramos. **Justiça Constitucional**: superando a teses do "Legislador Negativo" e do ativismo de caráter jurisdicional. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2555/99.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2011.

¹⁷¹ BALDWIN, Simeon Eben. **The American Judiciary**. New York: Centuru Co. 1927. p. 142. Disponível em: <<http://www.archive.org/details/americanjudiciary00bald>>. Acesso em: 04 mar. 2011.

¹⁷² A Suprema Corte, cujo poder derivou do Congresso, criou regras de procedimento para os Estados Unidos nas jurisdições comum e marítima.

¹⁷³ WILLOUGHBY, Westel W. **Principles of the constitutional law of the United States**. 2. ed. New York: Baker, 1938. p. 553.

emanadas do Congresso: “That Congress has the power to provide the laws necessary for the establishment of the Federal Courts...”¹⁷⁴

Na mesma diretriz, como destacado anteriormente, o próprio Supremo Tribunal Federal já deteve competência constitucional para estruturar o processo objetivo. A Constituição Federal de 1969 atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para, em seu regimento interno, estabelecer o processo e o julgamento dos feitos de sua competência (art. 119, § 3º, alínea c).

Ocorre que, até mesmo pela utilização modesta das ações, isso não foi feito de forma significativa, de modo que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dedicou poucos e esparsos dispositivos a disciplina do processo de julgamento das ações de controle abstrato. Esta competência não subsistiu na Constituição de 1988, segundo a qual a disciplina das normas de processo é de competência exclusiva do Poder Legislativo Federal.

A ausência de normas positivadas que regulem o processo objetivo, por inércia do Poder Legislativo e até mesmo do Poder Judiciário, é, sem sombra de dúvidas, um empecilho ao pleno exercício da curatela Constitucional por parte do Tribunal Constitucional.

As normas do processo objetivo regulam o caminho a ser seguido pelo Tribunal Constitucional para o julgamento da conformidade de uma lei infraconstitucional com o Texto Constitucional. Portanto, são indispensáveis para que o Tribunal Constitucional exerça o seu *múnus* de defesa da Constituição.

Todavia, ainda que explique a necessidade de o Poder Judiciário estruturar os meios de cumprir a sua função de guarda da Constituição, esta prerrogativa não legitima a regulação do processo objetivo pelo próprio órgão incumbido de julgar as ações de controle abstrato de constitucionalidade.

¹⁷⁴ ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61-62.

A despeito disso, o Poder Legislativo, que detém a primazia para este tipo de regulamentação, permaneceu, ao longo de muitos anos, inerte quanto ao estabelecimento de regras para o processo objetivo. E esta estagnação do órgão legiferante fez com paulatinamente e de acordo com suas necessidades pontuais, o próprio Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, guardião do primado da Suprema da Constituição, regulamentasse o caminho procedimental a ser seguido, por ele mesmo e pelos jurisdicionados legitimados à propositura das ações de defesa da Constituição, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

A questão que se coloca é se o Supremo Tribunal Federal tinha, ou melhor, tem legitimidade constitucional - já que ainda persistem lacunas na regulamentação do processo objetivo - para regulamentar casuisticamente o procedimento das ações de controle abstrato de constitucionalidade.¹⁷⁵

Considerando os pressupostos da teoria dworkiana do direito como integridade é crível afirmar que sim: o Supremo Tribunal Federal detém legitimidade constitucional para regular casuisticamente as normas do processo objetivo.

Porém, antes de enveredar nas possibilidades desta afirmativa, é conveniente destacar que o processo objetivo, enquanto conjunto de normas, é vazado tanto por regras quanto por princípios. Urge destacar que, dada a sua função procedimentalista, são as regras que dominam o conjunto de normas, contudo esta constatação prática não afasta a existência de princípios no processo objetivo.

Tal como para os outros subsistemas normativos, a Constituição é fonte formal e material do processo objetivo¹⁷⁶, enquanto conjunto de normas cujo escopo é a disciplina dos procedimentos a serem seguidos pelo Tribunal Constitucional no

¹⁷⁵ Vale registrar que não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal age da mesma forma em outros procedimentos, como por exemplo, na criação de regras para o controle concreto de constitucionalidade. todavia, dado à dificuldade de dimensionar todas as situações em que a Corte Suprema age com tal ímpeto optou-se, metodologicamente, por estudar apenas o controle abstrato de constitucionalidade, que dá vazão ao processo objetivo, cujas orientações princiológicas são por certo dispares dos demais procedimentos.

¹⁷⁶ ROSAS, Roberto, 1999, p. 17.

juízo de conformidade de uma lei infraconstitucional com o Texto da Constituição.

Significa dizer, há no texto da Constituição Brasileira uma série de princípios que direcionam o sistema do processo objetivo. Assim, é a partir destes princípios (processuais ou não) que “nascem as regras fundamentais da diretriz processual, sem as quais o legislador ordinário não teria condições de delimitar seu campo legislativo.”¹⁷⁷

É o que constata, em rol meramente exemplificativo, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, segundo o qual:

Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à Garantia da Constituição e à Garantia dos direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, habeas corpus, amparo, mandado de segurança, habeas data, etc.¹⁷⁸

Voltando à legitimação da criação de normas processuais pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é preciso, ainda que em curta apresentação, retomar alguns dos pressupostos da teoria de Dworkin.

Como destacado no capítulo 02, o jurista de Oxford, na busca pela conceituação do Direito, apresenta uma teoria nova, segundo a qual o direito é um conceito interpretativo de prática argumentativa. Nos termos dessa teoria, decisões judiciais sobre questões não versadas por regras legislativas, tais como determinados elementos do processo objetivo aqui discutidos, nem sempre configura criação de direito. Por isso, são legítimos.

Isso ocorre pelo fato de que os princípios também constituem normas jurídicas das quais o direito pode ser extraído. É dizer: os princípios jurídicos são capazes de

¹⁷⁷ ROSAS, Roberto, 1999, p. 13.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional: Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: _____. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 464.

regulamentar condutas sociais e procedimentos a serem observados pelos cidadãos e pelos dos Poderes instituídos.

Em outras palavras, o direito não está limitado a um conjunto de regras positivadas pelo Poder Legislativo. Na concepção do *direito como integridade*, “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”.¹⁷⁹

Com isso, a interpretação jurídica não está desprendida das convenções sociais ou da prática jurídica corrente e, ao revés, o seu exercício se assemelha a de um escritor que recebe um “romance”, já em construção, cujo tema é a história jurídica e a práxis processual de sua comunidade, cabendo-lhe a cada decisão, escrever um novo capítulo dessa história, observadas a coerência e a harmonia com o todo.

Dentro desta perspectiva, o Poder Judiciário pode legitimamente construir o direito a ser aplicado em um caso concreto. Vale advertir que não se trata de criação legislativa, mas sim, de desvelar o direito já existente por intermédio da prática argumentativa lastreada em princípios.

O direito não se limita às regras, mas é formado por um “sistema de princípios necessários a sua justificativa”.¹⁸⁰ Desse modo, “as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza”.¹⁸¹ Os princípios jurídicos devem, portanto, penetrar nos discursos jurisdicionais de aplicação normativa, especialmente para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio do devido processo legal, por exemplo, não se reduz a uma mera orientação constitucional. Trata-se de um padrão de equidade, que, diante de uma eventual lacuna normativa, pode revelar uma regra que obriga as partes a serem intimadas das decisões judiciais cujos efeitos se operam sobre elas.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 271.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 273-274.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 274.

Enfim, vale repetir: diante das lacunas normativas os juízes devem desvendar a regra a ser aplicada para o caso concreto, buscando no conjunto de princípios a norma que melhor se adequa ao ordenamento jurídico. O que permite esta construção do direito, ou melhor, esta descoberta do direito, são os princípios que permeiam o ordenamento jurídico em seu conjunto harmônico. Por princípios, convém destacar, Dworkin entende um complexo de padrões que deve ser observado por se traduzir em exigências de justiça, equidade, devido processo legal, ou alguma outra questão moral.¹⁸²

Com isso, na perspectiva do direito como integridade, para a solução dos casos difíceis (leia-se, em face de lacunas normativas), torna-se possível e legítimo “encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”.¹⁸³

Dentro desta ótica, o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para regulamentar casuisticamente as questões do processo objetivo não disciplinadas por normas do Poder Legislativo, conquanto o faça pautado em princípios jurídicos (padrões de equidade) decorrentes do ordenamento jurídico constitucional como um todo; em sua inteireza.

Destarte, dir-se-á legítima a regra criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando se verificar que no seu desvelamento foram usados apenas argumentos de princípios, harmônicos com o ordenamento.

É o caso, por exemplo, da concessão de medidas liminares nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. Esta regra de processo objetivo não tinha respaldo expressa Constituição Federal de 1967. Todavia, como já relatado, o Supremo Tribunal Federal, a despeito disso, conferiu medida cautelar na Representação de Inconstitucionalidade n.º 933/1975.

¹⁸² DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 37

¹⁸³ DWORKIN, Ronald, 2007a, p. 305.

O relator, Ministro Thompson Flores, manifestou-se, expressamente, em favor da admissibilidade da medida cautelar nos seguintes termos:

Embora reconheça que a concessão de medida preventiva, em processo de representação possa suscitar discussão, estou convencido do acerto de nosso Regimento Interno ao admiti-la, em seu art. 175 c/c o art. 22, IV. 2. Em princípio, atribuo-lhe plena eficácia, face a expressa prerrogativa atribuída pela Constituição, em seu art. 120, parágrafo único, 'c', verbis: 'Art. 120..... Par. único - O regimento interno estabelecerá: c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso;' E entre tais processos, inclui-se a representação, por expressa determinação daquela Carta, artigo 119, I, I. 3. Forte, pois, no próprio texto constitucional, proporcionando ele que regulasse o Supremo Tribunal o respectivo processo, permitiu-lhe, como sua natural decorrência jurídica, a adoção de medidas cautelares adequadas à garantia de plena eficácia de sua decisão.¹⁸⁴

Diante de reiteradas concessões de medidas liminares em ações de controle abstrato, esta regra ficou cristalizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que não houvesse nenhuma lei a disciplinando.¹⁸⁵ Isso, todavia, nos moldes aqui alinhavados, não conduziu à ilegitimidade da regra estabelecida pela própria Constituição.

Como bem destacou o ministro relator da Representação de Inconstitucionalidade n.º 993/1975, as medidas liminares são desdobramentos do poder geral de cautela, subprincípios de matriz processual que decorre do postulado da segurança jurídica, de ordem constitucional. Vê-se, portanto, em curta explicação, que o Supremo Tribunal Federal, ao conceder medidas cautelares no bojo do processo objetivo, ainda que sem previsão legal expressa, não estava a criar direito inexistente, mas sim a revelar direito decorrente do sistema jurídico como um todo, mediante um princípio de equidade conhecido e de aplicação indispensável às nuances dos casos concretos apresentados ao Poder Judiciário.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação n.º 933**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Thompson Flores. Distrito Federal. 1975.

¹⁸⁵ A controvérsia sobre a admissibilidade de medidas cautelares em representação de inconstitucionalidade ficou superada com o advento da Emenda n.º 7, de 1977, que, convalidando a postura já adotada pelo Supremo Tribunal Federal, acrescentou ao elenco das suas competências originárias o julgamento do "pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República", como se pode extrair do art. 118, inciso I, alínea "p" da Constituição Federal de 1967. (BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Mesa da Câmara dos Deputados. 24 de jan. de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.)

Portanto, a atuação do Supremo Tribunal Federal neste exemplo de autocriação processual de normas para o processo objetivo foi legítimo, porquanto amparado em princípios (padrões de equidade) que informam o sistema normativo constitucional.

A medida liminar também é exemplo de legítima regulação processual pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, o caso remonta à utilização da técnica da heterorreferência.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos termos do seu artigo 102, inciso I, alínea “p”, previu expressamente a medida cautelar para a ação direta de inconstitucionalidade, *in verbis*:

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

I - processar e julgar, originariamente:

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;¹⁸⁶

O constituinte, como se nota, não previu a possibilidade de medida liminar para o caso da ação direta de constitucionalidade (ADC). Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal, em 11 de fevereiro de 1998, no julgamento da ADC n.º 04, de relatoria do Ministro Sidney Sanches, citando o precedente da Representação 933/1975, e valendo-se dos mesmos argumentos de princípios utilizados para aplicação das medidas liminares quando nem mesmo havia previsão constitucional, entendeu que a medida cautelar tem cabimento na ADC.¹⁸⁷ Eis a ementa da ADC n.º 4 de 1988:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: “Art. 1º. Aplica -se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto no art. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988), 1988.

¹⁸⁷ Adiante, a Lei n.º 9.868, de 1999, adotando a orientação firmada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, regulamentou a concessão de Medida Cautelar tanto na ADIn como na ADC (arts. 10 e 21).

tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. nº 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ -76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial ("fumus boni iuris"). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.¹⁸⁸ [Grifos nossos]

Mais uma vez, a medida adotada pelo Supremo Tribunal Federal encontra respaldo na teoria do direito como integridade. Portanto, é legítima.

Como se nota, ao regulamentar determinadas questões afetas ao procedimento e à sua própria atuação nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal vale-se dos princípios jurídicos (padrões de equidade) que já permeiam o sistema jurídico constitucional.

Dentro deste ideal interpretativo, os juízes do Supremo Tribunal Federal, enfrentam as lacunas normativas do processo objetivo, buscando apontar no conjunto coerente de princípios, sobretudo nos princípios processuais, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica acerca do procedimento a ser adotado.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 04**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Sidney Sanches. Distrito Federal. 11 fev. 1998.

Uma vez que tratados como direito, os princípios sustentam “a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida”.¹⁸⁹ Assim, o ordenamento não fica engessado a existência de regras expressas para cada situação posta em juízo, bem como não atribuiu aos juízes a possibilidade de julgar por arbítrios próprios.

Na lição de Dworkin:

Os argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito a igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.¹⁹⁰

Como se denota, a teoria do direito como integridade oferece a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, a partir de argumentos de princípios, criar normas processuais para se aplicar no processo objetivo sujeito ao seu próprio crivo. Essa mesma teoria, cumpre destacar, aponta limites a esta atuação ativa.

Enquanto teoria interpretativa, o primeiro desses limites é a casuística. Desta forma, apenas diante de casos concretos pode o Poder Judiciário colmatar as lacunas existentes mediante o emprego dos princípios. Não lhe é dado, por exemplo, a prerrogativa de desdobrar os princípios em regras gerais e abstratas. Tal função é típica do Poder Legislativo, que, como anteriormente apontado, detém a primazia da legislatura, isso é, da criação do direito mediante a edição de normas gerais e abstratas.

Outro limite a ser observado pelo Poder Judiciário na aplicação do direito como integridade é a vedação à utilização dos argumentos políticos. Dworkin, como já destacado, entende por política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.”¹⁹¹

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 71.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 129-130

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 36,

Traduzida em argumentos, a política é restrita ao campo da criação do direito. E não de sua aplicação. Logo, quem pode legitimamente valer-se destes argumentos é apenas o Poder Legislativo.

As decisões judiciais “são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas”.¹⁹² Dessa forma, o uso e a natureza da argumentação de princípios jurídicos ganham relevância para a restrição do poder discricionário dos juízes diante de casos difíceis. A questão é muito bem colocada por Oscar Vilhena Vieira¹⁹³:

Não há uma liberdade total, onde o magistrado decide a partir de valores externos ao direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios, mas uma esfera carregada de princípios (que pertencem ao sistema jurídico) que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais. É dentro dessa esfera que se deve decidir. Caso haja discricionariedade, essa ocorre apenas em sentido fraco. Dworkin não aceita, dessa forma a proposição dos positivistas de que toda norma aberta é, na realidade, um convite para que os juízes exercitem suas próprias escolhas. Ao invés de se buscar controlar a discricionariedade por intermédio da regulamentação e detalhamento minucioso de como devem se comportar os agentes do Estado – tradicional ao direito administrativo –, busca-se densificar o ambiente decisório a partir dos princípios.

Frisa-se: a criação de normas processuais pelo Supremo Tribunal Federal para se aplicar no processo objetivo só é legítima se pautada nos argumentos de princípios. Caso a justificativa esteja amparada em política, a decisão é ilegítima.

A ilustrar a hipótese de ilegitimidade ocasionada por política cita-se, como exemplo, a exigência de comprovação de pertinência temática que alguns legitimados à propositura das ações do processo objetivo são obrigados a demonstrar para ajuizarem as respectivas ações. A mencionada regra foi instituída pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mediante o emprego da heterorreferência atípica.

A questão é polêmica, logo, merece especial atenção.

¹⁹² DWORKIN, Ronald, 2007b, p. 132

¹⁹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 200.

Como anteriormente relatado, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o rol de legitimados à propositura das ações de controle abstrato de constitucionalidade foi significativamente ampliado. Além do Procurador-Geral da República, a Constituição de 1988, nos moldes do seu artigo 103, estendeu a legitimidade ativa ao Presidente da República, às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, à Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e ao Governador de Estado ou do Distrito Federal. Esses dois últimos legitimados foram introduzidos pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004.

A gama de legitimados ativos levou à construção de uma nova técnica de seleção, passando-se a exigir o que se denominou de pertinência subjetiva (ou temática) entre os legitimados apontados nos incisos do art. 103 com o tema em debate na ação direta de inconstitucionalidade.¹⁹⁴

Daí somente o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, os denominados legitimados universais, dispõem de interesse processual para ofertar ação direta de inconstitucionalidade sobre qualquer tema. Os demais legitimados não de demonstrar, em cada ajuizamento, o interesse no ajuizamento da ação, como, por exemplo, a Associação dos Magistrados Brasileiros, entidade de classe de âmbito nacional, que somente poderá ofertar ação impugnando lei ou ato normativo cujo conteúdo tenha relação com os seus associados.

A exigência de comprovação de pertinência temática, vale esclarecer, tem como precedente no direito brasileiro o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PERTINÊNCIA.
Tratando-se de impugnação de ato normativo de Estado diverso daquele

¹⁹⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20(5)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2011.

governado pelo requerente, impõe-se a demonstração do requisito "pertinência". Isto ocorre quanto ao Decreto no 33.656, de 16 de abril de 1993, do Estado de São Paulo, no que se previu o crédito de cinquenta por cento do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços devido em operações ligadas aos produtos finais do sistema eletrônico de processamento de dados. O interesse dos Estados mostrou-se conducente a reserva a lei complementar da disciplina da matéria e esta cogita da necessidade de convenio - Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, recepcionada pela Carta de 1988 - artigo 34, par. 8., do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Liminar concedida.¹⁹⁵

A partir desse precedente a questão foi alçada ao patamar de regra na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se pode extrair deste julgado mais recente:

Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisitos que não decorreu de dispositivos legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99.¹⁹⁶

Mediante essa construção normativa, o Supremo Tribunal Federal passou a exigir a comprovação de interesse de agir por parte de alguns dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal de 1988 para propositura das ações do controle abstrato de constitucionalidade.

Como bem apontou Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

O STF, em construção jurisprudencial, limitou o acesso ao controle concentrado com o requisito da pertinência temática que exige a comprovação do interesse subjetivo de certos legitimados ativos, indicando a relação entre seus objetivos e o dispositivo questionado.¹⁹⁷

Ocorre que o interesse de agir, como cediço, está umbilicalmente ligado ao processo subjetivo, na medida em que se traduz em requisito intersubjetivo ligado à parte postulante. Na doutrina do processo subjetivo, o interesse de agir é formado pelo binômio necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pleiteado. Em outras palavras, para ter direito à ação deve o autor comprovar que o provimento pleiteado é útil, bem como a sua necessidade.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 902**. Governador do Estado do Paraná. Relator Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal. 22 mai. 1994.

¹⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.482**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Moreira Alves. Distrito Federal. 02 out. 2001.

¹⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 253.

A exigência não se justifica face ao processo objetivo, que conforme já destacado, tem como principal característica a inexistência de interesse posta em juízo. O próprio Supremo Tribunal Federal tem farta jurisprudência no sentido de que o processo objetivo não admite a discussão de ímpeto subjetivo. É o que se verifica no seguinte excerto jurisprudencial:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que o sistema de controle normativo abstrato de controle normativo abstrato de constitucionalidade - em cujo âmbito não se discutem situações individuais, nem se examinam interesses concretos - qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, destinado a viabilizar “o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese...” (RTJ 95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei).

A importância de qualificar-se 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” (CELSONO RIBEIRO BASTOS, “Curso de Direito Constitucional”, p. 327, 11ª ed., 1989, Saraiva) -, além de refletir entendimento exposto em autorizado magistério (CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 141/145, item n. 3.2.2, 2ª ed., 2000, RT; NAGIB SLAIBI FILHO, “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, p. 106, 2ª 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 (RTJ 113/22, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RTJ 131/1001, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 136/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), repelindo, por isso mesmo, qualquer pretensão que vise a resguardar interesses individuais, supostamente lesados em face de situações concretas.^{198 199}

O Ministro Gilmar Mendes aponta que questão idêntica já fora discutida na Alemanha, sob o império da Constituição de Weimar, quando surgiu controvérsia doutrinária sobre a admissibilidade ou não de uma ação proposta pelo Estado da Baviera contra a lei da Turíngia.²⁰⁰ Diversamente daqui, a problemática não chegou ao âmbito do Tribunal Constitucional Alemão, mas foi refutada pela doutrina daquele país com base nos seguintes argumentos:

¹⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.908**. Partido Renovador Trabalhista. Relator Ministro Celso de Melo. Distrito Federal. 05 ago. 2010.

¹⁹⁹ Há inúmeras decisões com esta mesma orientação. Por todas, cita-se: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Representação de Inconstitucionalidade n.º 1092**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Djaci Falcão. Distrito Federal. 03 fev. 1986; e BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Representação de Inconstitucionalidade n.º 1405**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Moreira Alves. Distrito Federal. 18 mai. 1988.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 92.

O processo de controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à defesa da ordem jurídica contra leis inconstitucionais e, portanto, à segurança jurídica, sendo instaurado no interesse da comunidade. Por isso, pode Friesenhahn constatar, corretamente, que o autor atua, no processo do controle abstrato de normas, como autêntico advogado da Constituição (Verfassungsanwalt).²⁰¹

O próprio Ministro Gilmar Mendes, formula críticas ao requisito construído pela jurisprudência da mencionada Corte:

A falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvida sobre a correção do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Pareceria mais ortodoxo, pois, tendo em vista a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, que, na espécie, fosse admitida a ação direta independentemente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência.²⁰²

E não é por menos. A pertinência temática no processo objetivo não é fruto da argumentação de princípios. A Constituição, em seu arcabouço de princípios jurídicos não oferece base para esta exigência. Eventuais limitações já foram levadas a efeito pelo constituinte ao fixar expressamente os titulares do direito de propositura.

Em verdade, a pertinência temática traduz-se como um filtro de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade. Uma técnica de seleção empregada pelo Supremo Tribunal Federal para reduzir o excesso de ações de controle de constitucionalidade que poderiam ser ajuizadas face o expressivo alargamento do rol de legitimados. Com esta dicção, o requisito da pertinência temática se traduz em questão política (padrão com objetivo expresso a ser alcançado, melhoria de cunho político), dentro de teoria de Dworkin. Portanto, o Poder Judiciário não tem legitimidade para criar este tipo de regra. Não há princípio que o sustente.

Voltando ao cerne do capítulo, vale ressaltar mais uma vez que a aplicação dos princípios para colmatar as lacunas normativas do processo objetivo é o instrumento que garante legitimidade à regulação das ações de controle abstrato de constitucionalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira, 1999, p. 91.

²⁰² MENDES, Gilmar Ferreira, 1999, p. 137.

Contudo, a aplicação dos argumentos de princípios, no paradigma do direito como integridade, só tem lugar face à ausência de normas positivadas. Daí mais um importante limite à criação de normas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Diante de normas positivadas não é dado ao Judiciário formatar nova regulação. A pretensa utilização de argumentos de princípios não tem lugar quando já houve norma positiva sobre a questão, sob pena de usurpação da competência do Poder Legislativo, e de se configurar uma atuação discricionária do Poder Judiciário.

Vale destacar que Dworkin refuta sobremaneira a discricionariedade. A teoria do direito como integridade advém justamente da crítica a proposta de discricionariedade sustentada por Hart em sua obra “O que é o Direito?”²⁰³.

Ainda com relação à norma positivada, deflui-se outro importante limite à regulação do processo objetivo pelo Supremo Tribunal Federal: a integridade com as normas positivadas existentes. Dworkin sustenta que, na criação do direito, respeita o passado legislativo existente.

Com efeito, as regulamentações casuísticas criadas pela jurisprudência devem partir da legislação existente. Há dignidade na legislação, como bem anota Waldron em frase célebre que dá título a sua obra mais conhecida.

Assim, a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal na regulação casuística do processo objetivo não depende unicamente da utilização dos argumentos de princípios e do respeito ao conjunto de princípios existentes no ordenamento jurídico constitucional, é preciso mais: a Corte Suprema deve respeitar a legislação existente sobre o tema.

O desrespeito à legislação existente faz ilegítima a regulação casuística realizada pelo Poder Judiciário. Seria o caso, por exemplo, de eventual restrição do objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pelo Supremo Tribunal Federal, caso seja julgado procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º

²⁰³ HART, H. L. A, 2009.

2.231-8 de 2000, proposta pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil em face de vários dispositivos da Lei que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Explica-se. A Constituição Federal, em seu artigo 102, § 1º²⁰⁴, institui na ordem constitucional brasileira mais uma ação de controle abstrato de constitucionalidade: a arguição de descumprimento fundamental (ADPF):

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

[...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.²⁰⁵

Diferentemente das outras ações, a Constituição não esmiuçou o objeto da nova ação, seus legitimados, quiçá lhe apontou limites. O constituinte, como se pode notar, criou a nova ação, definiu-lhe a competência para julgamento e, de forma expressa, relegou os seus meandros ao Poder Legislativo.

Após mais de 11 (onze) anos de existência, o Poder Legislativo, por intermédio da Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, regulou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A mencionada lei, em sua redação original, dentre outras providências, listou os legitimados à propositura da ADPF (art. 2º), definiu os requisitos da inicial (art. 3º), o procedimento de julgamento (art. 4º a 12º), definiu o objeto da ação, como se pode extrair do seu artigo 1º:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

²⁰⁴ Originalmente parágrafo único. A Emenda Constitucional n.º 03, de 07 de março de 1993, sem alterar o texto do mencionado dispositivo, o transformou em § 1º.

²⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988), 1988.

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;²⁰⁶

Como se nota, dentro da sua prerrogativa de disciplinar as minúcias da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Poder Legislativo firmou como objetivo da mencionada ação de controle abstrato de normas atos do ato do Poder Público (União, estados, Distrito Federal e municípios), incluídos aqueles anteriores à promulgação da Constituição.

Ocorre que, o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, em face da mencionada lei, a ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.231-8 questionando, dentro outros dispositivos, o parágrafo único do artigo 1º, ao argumento de que o mencionado dispositivo amplia, inconstitucionalmente, o objeto constitucional da arguição de descumprimento de preceito fundamental ao estendê-lo para as leis municipais e anteriores à Constituição de 1988:

O dispositivo legal, sob o pretexto de regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, elevou ao patamar de contencioso constitucional controvérsias relativas a leis e atos normativos das unidades federadas. Ampliou o conceito do instituto, colidindo assim com o artigo 102, § 1º da Lei Fundamental.

Colher da autorização constitucional (de que a lei regulamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental) a permissão de criação, por legislação infraconstitucional, de uma nova hipótese de controle concentrado de constitucionalidade; colher da autorização constitucional a possibilidade de controle concentrado da constitucionalidade até de lei municipal, cuja constitucionalidade não pode ser apreciada em ação direta de inconstitucionalidade, art. 102, I, "a" da CF; colher da autorização constitucional a possibilidade de controle concentrado até de norma anterior à Constituição Federal de 1988, cuja constitucionalidade não pode ser apreciada em ação direta de inconstitucionalidade, é afrontar toda a sistemática de controle de constitucionalidade de leis consagradas na Lei Fundamental pátria.²⁰⁷

²⁰⁶ BRASIL. Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo. Brasília. 06 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

²⁰⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Nacional. **Petição Inicial**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.231-8. 2000, p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=1828554#>. Acesso em: 10 out. 2011.

A ação direta de inconstitucionalidade em voga, ainda, não foi julgada. Apenas o ministro relator Néri da Silva votou pela concessão da medida cautelar pleiteada para

dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo ("Parágrafo único - Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição);²⁰⁸

A argumentação traçada pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil e encampada pelo, ex ministro do Supremo Tribunal Federal, Neri da Silva é equivocada. A cláusula "na forma da lei" do art. 102, § 1º, da Constituição Federal autoriza expressamente o Poder Legislativo a configurar a ADPF conforme seu juízo de conveniência.

É essa a acurada lição do André Ramos Tavares:

Embora o Direito Constitucional seja o único parâmetro válido para a compreensão da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental, e não obstante ser também parâmetro último de todas as demais leis, não se pode afirmar que o Direito legal ou ordinário fique circunscrito a mera derivação das normas constitucionais. Isso porque ao legislador cumpre uma relevante tarefa, que é a de atuar dentro do espaço de liberdade deixado pelas normas fundamentais. O legislador ordinário detém autonomia dentro dos limites conformados pelo legislador constituinte.

Assim, embora a norma do art. 102, § 1º, contenha [...] uma séria de elementos dos quais o legislados não pode afastar-se, a verdade é que a este resta ainda uma boa dose de liberdade para fins de disciplinar o instituto.

Desde que compreendida no traçado oferecido pelo Texto Constitucional [...], a lei poderá marcar território próprio dentro do sistema constitucional de controle da constitucionalidade. Foi o que realmente ocorreu.

Não se deve estranhar o fato de conferir-se a uma lei, no campo do processo constitucional de controle concentrado da lei, liberdade para estipular uma disciplina própria. Se essa estrutura não tem sido eficientemente adotada no Direito brasileiro, não obstante haver campo para seu frutífero desenvolvimento, basta atentar para outros sistemas, como o alemão, para constatar que a prática é perfeitamente aceitável.²⁰⁹

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n.º 253**. Brasília. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em 12 out. 2011.

²⁰⁹ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 100.

No mesmo sentido, porém de forma ainda mais contundente, é o que constatam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

A Constituição não determina os autores do descumprimento nem fixa um marco temporal, a partir do qual seria autorizado o controle de conformidade constitucional de um ato. O legislador pode concretizar esses termos nos limites de interpretação constitucional sistemática (necessidade de configurar a ADPF de maneira semelhante às demais ações do controle abstrato). Em razão disso, a referência a atos normativos municipais ou a atos anteriores à promulgação da CF de 1988 não contraria a vontade do constituinte.²¹⁰

Logo, caso o Supremo Tribunal Federal acolha o pedido do Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil e, via de consequência, restrinja a campo de aplicação da ADPF estará, sem sombra de dúvidas, promovendo regulação do processo objetivo contrária às normas positivada pelo Poder Legislativo no exercício de suas atribuições constitucionais.

²¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, 2011, p. 170.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta dissertação restou evidente que o Poder Judiciário, na figura de seu órgão de cúpula, cuja função precípua é a proteção da supremacia da Constituição, tem legitimidade para regular o procedimento para o julgamento do controle abstrato de constitucionalidade das normas.

Os Estados Constitucionais, como cediço, se estruturam em torno de uma norma fundamental, a Constituição, que por sua importância ímpar, carece de mecanismos específicos à proteção de sua supremacia. Fruto da engenhosidade de Kelsen, as ações de controle abstrato de constitucionalidade se expandiram pelo mundo como um dos principais meios do exercício da defesa da supremacia constitucional.

O controle abstrato de normas foi introduzido no ordenamento constitucional brasileiro na exegese da Constituição Federal de 1946, e ganhou *status* de principal mecanismo de fiscalização de constitucionalidade com a Constituição de 1988, que ampliou o número de ações do controle abstratas e o rol de legitimados à sua propositura.

O avanço na ampliação e consolidação do controle abstrato de constitucionalidade, não foi acompanhado por uma satisfatória e sistemática construção legislativa do processo objetivo. Isso porque, as normas que regulam o processo objetivo (Lei n.º 9.868/99 e a Lei n.º 9.882/99) entraram em vigor apenas em 1999.

Durante este período de inércia legislativa, cumpre ressaltar, o Supremo Tribunal Federal, movido pelo imperativo de garantir a supremacia da Constituição, delimitou o procedimento das ações de controle de constitucionalidade *in abstracto*. E nessa atuação ativa na regulação do processo objetivo - como se denomina o procedimento das ações de fiscalização de constitucionalidade *in abstracto* - se deu o emprego das técnicas de autocriação e heterorreferência.

Ainda que a prerrogativa de criação de normas processuais, e, portanto, a de edição do processo objetivo, seja incumbência do Poder Legislativo, o ordenamento jurídico

não impede que o Poder Judiciário regule o procedimento para as ações do controle abstrato de constitucionalidade.

Os pressupostos da teoria dworkiana do direito como integridade dão sustentação à afirmativa de que o Supremo Tribunal Federal detém legitimidade constitucional para regular casuisticamente as normas do processo objetivo.

Isso porque, na concepção de Dworkin, o direito é um conceito interpretativo de prática argumentativa, que possibilita ao intérprete, diante de casos difíceis (lacuna jurídicas), fazer com que o seu conteúdo não dependa unicamente das regras criadas pelo Legislador, mas também possa ser extraído dos princípios jurídicos.

Os princípios jurídicos, por sua vez, também são normas das quais o direito pode ser extraído para regulamentar condutas sociais e procedimentos pelos dos Poderes instituídos, como as normas do processo objetivo.

Dentro desta ótica, o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para regulamentar casuisticamente as questões do processo objetivo não disciplinadas por normas do Poder Legislativo, conquanto o faça pautado em princípios jurídicos (padrões de equidade) decorrentes do ordenamento jurídico constitucional como um todo; em sua inteireza.

Frisa-se, porém, que os limites à construção do processo objetivo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estão calcados, em primeiro lugar, na própria teoria do direito como integridade, segundo a qual os magistrados só podem criar o direito casuisticamente, mantendo a harmonia do sistema normativo, e mediante o emprego dos argumentos de princípios; e, em segundo lugar, na doutrina de Waldron, para o qual a atuação do Poder Judiciário deve-se pautar na legislação existente.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BALDWIN, Simeon Eben. **The American Judiciary**. New York: Centuru Co. 1927. Disponível em: <<http://www.archive.org/details/americanjudiciary00bald.>> Acesso em: 04 mar. 2011.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBOSA, Rui. **Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo**. Rio de Janeiro: Cia. Impressora, 1893.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 34-43. abr. 1968.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil. 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte. 24 fev. 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte. 16 jul. 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Poder Executivo. 10 nov. 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm >. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm >. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Mesa da Câmara dos Deputados. 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 29 set. 2011.

_____. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo. Brasília. 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo. Brasília. 06 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Moreira Alves. Distrito Federal. 01 dez. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 04**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Sidney Sanches. Distrito Federal. 11 fev. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 55**. Partido Liberal. Relator Ministro Octavio Gallotti. Distrito Federal. 16 mar. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 748**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. 18 nov. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 902**. Governador do Estado do Paraná. Relator Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal. 22 mai. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1358**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Sydney Sanches. Distrito Federal. 26 abr. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1797**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Ilmar Galvão. Distrito Federal. 22 fev. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.482**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Moreira Alves. Distrito Federal. 02 out. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.908**. Partido Renovador Trabalhista. Relator Ministro Celso de Melo. Distrito Federal. 05 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Originária n.º 32**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Castro Nunes. Distrito Federal. 17 jul. 1946.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas**: movimentação processual. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 05 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n.º 253**. Brasília. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em 12 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: atualizado até fevereiro de 2010. Brasília: STF. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representação de Inconstitucionalidade n.º 1092**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Djaci Falcão. Distrito Federal. 03 fev. 1986.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representação de Inconstitucionalidade n.º 1405**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Moreira Alves. Distrito Federal. 18 mai. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representação n.º 94**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Castro Nunes. Distrito Federal. 17 jul. 1946.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representação n.º 933**. Procurador Geral da República. Relator Ministro Thompson Flores. Distrito Federal. 1975.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio. Antonio Fabris, 1984.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital. **Os poderes do presidente da república**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM Editora, 1995.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação Conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade.** São Paulo: Método, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. **Uma questão de princípio.** 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição Federal.** Tradução de J Henry Phillips. Disponível em: <<http://braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Assembléia Nacional. 02 out. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 14 out. 2011.

GARCIA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** 6. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1961.

GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. La filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos.** Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1. 2. Ed. Tradução de Flávio Beno Siebenchler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. 2. ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Editora Russell, 2005.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

IKAWA, Daniela R. **Hart, Dworkin e discricionariedade**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf#search=%22hla%20hart%22> >. Acesso em: 03 set. 2011.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999.

KELSEN, Hans. **Quien debe ser el defensor de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, p. 255-275, jul./dez. 2003.

LIEBMAM, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro, 1985, vol. I.

LOZER, Juliana Carlesso. **Democracia e controle de constitucionalidade: A legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória Jurisprudencial: Ministro Castro Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Guilherme Peña de. **Teoria da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos Gregos ao Pós-Modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Direito como integridade e ativismo judicial: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: **Anais do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Brasília. 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_835.pdf. Acesso em: 10 ago. 2011

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional: Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: _____. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Nacional. **Petição Inicial**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.231-8. 2000, p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=1828554#>. Acesso em: 10 out. 2011.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCHMITT, Carls. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1998.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20(5)%20-formatado.pdf). Acesso em: 11 set. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Luiz Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Justiça Constitucional: superando a teses do "Legislador Negativo" e do ativismo de caráter jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2555/99.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2011.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Derecho y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marchal Pons, 2005b.

_____. The core of the case against judicial review. In: **The Yale Law Journal**. 2005a. p. 1346. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/links/waldron.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2011.

WILLOUGHBY, Westel W. **Principles of the constitutional law of the United States**. 2. ed. New York: Baker, 1938.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos: El Tribunal Constitucional y La Política**. 1. Ed. Madrid: Trota, 2008.