



Fernando Rabello

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

BRIEF REMARKS ON CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW

Francisco Wildo Lacerda Dantas

RESUMO

Analisa sobre a existência de uma nova disciplina jurídica nascida da interseção entre o Direito Processual e o Direito Constitucional e avalia qual a denominação mais apropriada para ela.

Aprecia a disciplina própria de atuação da jurisdição constitucional na defesa da Constituição, quando se desenvolve um controle da constitucionalidade das normas e dos atos públicos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Constitucional; Direito Constitucional; processo – princípios constitucionais; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

The author brings forward a new legal field, derived from two intertwining branches – procedural law and constitutional law – and tries to settle on an appropriate terminology therefor.

He regards it as the adequate field for constitutional jurisdiction application as to the upholding of the constitution, in case a constitutionality control of norms and of public acts should take place.

KEYWORDS

Constitutional Procedural Law; Constitutional Law; proceeding – constitutional principles of; constitutionality control.

1 INTRODUÇÃO

Em sua obra didática e fundamental para a compreensão do Direito Constitucional pátrio, já na 23ª edição, Paulo Bonavides referiu, com muita propriedade, como se acontecer, que, com o fenômeno da chamada “publicização do processo”, estreitaram-se de tal modo os laços que uniam o processo à Constituição que já reclamava uma nova disciplina em gestão: o Direito Processual Constitucional (BONAVIDES, 2008, p. 46).

2 A QUESTÃO DA TERMINOLOGIA E DO ESPECÍFICO OBJETO DA DISCIPLINA

Recentemente, Eduardo Ferrer Mac Gregor escreveu artigo em que investiga o relacionamento entre o Direito Processual Constitucional e a Justiça Constitucional, examinando, também, o questionamento a respeito de onde deveria radicar-se o estudo dessa disciplina, se no campo do Direito Constitucional, ou nos domínios próprios do Direito Processual, em razão dos princípios que devem orientar essa nova matéria.

Por fim, entendido o estudo como privativo desses ramos jurídicos, examinou-se se deveria formar uma nova disciplina, informada pelos princípios e regras de ambos os ramos do direito, para concluir: *En el nuevo milenio se aprecia un acercamiento entre constitucionalistas y procesalistas al tratar de consolidar al derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma*. Anotou, também, sem embargo do que já havia dito que *en ese dialogo interdisciplinario, que trata de abrir nuevos enfoques a la disciplina, se pueden advertir en general dos posturas de autonomía. La vertiente que la considera “autónoma mixta”, al estimar que debe construirse bajo los conceptos, métodos y estructuras del derecho constitucional y del derecho procesal. Esta postura atractiva sin lugar a dudas, nos debe llevar a la reflexión de si existen en realidad disciplinas jurídicas “mixtas” o bien si la tendencia contemporánea de cualquier materia es el enfoque multidisciplinario, con independencia de su propia naturaleza de pertenencia a una particular rama jurídica*. (MAC GREGOR, 2008, p. 336).

A observação é pertinente. O Direito Processual Constitucional trata de questões que tem um tratamento diferenciado na disciplina tradicional, pois revelam com uma disciplina própria no campo específico da matéria em que atuam. Basta citar que, nessa nova disciplina, não se pode considerar a relação processual que forma a noção de **processo** para a teoria geral que, segundo o clássico ensinamento de Chiovenda, e vista como “a relação processual tem três sujeitos: o órgão jurisdicional de um lado, e de outro as partes (autor e réu)” (CHIOVENDA, 1942, p. 99). O processo destinado ao controle de constitucionalidade das normas, por sua vez, próprio do Direito Processual Constitucional, revela-se, na lição de Gilmar Ferreira Mendes, aurida nos próprios Tribunais

Constitucionais alemães como um **processo objetivo (objektives Verfahren)**, destinado, para, simplesmente, a defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahungsverfahren*) (MENDES, 1990, p. 250), o que significa dizer um processo sem partes.

Evidente que, em se tratando de um processo que busca a defesa da Constituição e dos valores nela contemplados, vista esta como a norma fundamental do sistema jurídico, não se busca tutelar, jurisdicionalmente, nenhum interesse particular que tenha sido contrariado por outrem de modo a constituir a clássica lide. Busca-se a prevalência do texto constitucional, e este é o único objetivo de quem atua no processo. Não havendo um interesse particular que se pretende fazer prevalecer sobre o de outro, não há, a rigor, parte processual. Em uma palavra, não há lide constitucional, mas apenas um contencioso constitucional (PRADI, 2000, p. 7).

Em respeito ao contencioso constitucional – que é diferente do conceito de lide, insista-se – explicou Louis Favoreu, em França: *Lo contencioso constitucional, que se distingue de lo contencioso ordinario, es competencia exclusiva de un tribunal especialmente creado con este fin, el cual puede resolver, sin que pueda hablarse con propiedad del litigio, por recurso directo de autoridades políticas o jurisdiccionales o, incluso, de particulares, y sus fallos tienen efecto de cosa juzgada*. (FAVOREU, 1994, p. 15).

Cobra interesse, por fim, apurar qual a denominação correta para a disciplina destinada a investigar o processo que se desenvolve a partir dos princípios constitucionais se a expressão Direito Processual Constitucional ou se outra denominada Direito Constitucional Processual e qual os limites da matéria de que tratariam¹.

Entre os propósitos dessa pequena abordagem sobre o tema, cuidar-se-á de apresentar um resumo da visão moderna e constitucional do processo, para, com base nela, apreciar a terminologia e o específico objeto da disciplina e, definido este, examinar, em apertada síntese, matéria como os princípios constitucionais do processo e as ações constitucionais do controle de constitucionalidade das leis que, aparentemente, radicam no âmbito próprio de cada disciplina: Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual.

3 A VISÃO MODERNA E CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Há muito tempo Ramiro Podetii havia observado que o fenômeno processual se apresentava trifacetado e que não podia ser estudado sem ter por base os conceitos angulares da jurisdição, da ação e do processo, pois que estas noções se constituíam na base metodológica e científica do estudo da teoria e da prática do processo².

A visão moderna do processo tem de partir dessa consideração inicial, não pode ser encarada isoladamente, senão que em conjunto com as duas outras noções estruturais do

fenômeno processual: jurisdição e ação. Além disso, tenha-se em mira que o fenômeno processual já se libertou da antiga ideia que o limitava ao exercício da jurisdição e de que tudo que se assemelhasse ao fenômeno, mas que não se referisse à jurisdição, somente poderia ser encarado como mero procedimento³.

Modernamente, como demonstrou Odete Medauar, desde Adolf Merkl, já se concluiu que a processualidade está ínsita a toda atuação estatal, em que se pode distinguir um *fieri* de um *factum*, entre o operar e o resultado dessa operação, identificando-se como um vir a ser do fenôme-

Busca-se a prevalência do texto constitucional, e este é o único objetivo de quem atua no processo. Não havendo um interesse particular que se pretende fazer prevalecer sobre o de outro, não há, a rigor, parte processual. Em uma palavra, não há lide constitucional, mas apenas um contencioso constitucional.

no, com o que ela se apresentava no exercício de cada um dos poderes: Administrativo, Legislativo e Judiciário e, mais ainda, também na atividade privada, particular (MEDAUAR, 1993, p. 24). Corresponde à visão constitucional do processo, como o refere a Seção VIII, do Capítulo I, do Título IV da CF/88, que, ao tratar da Organização dos Poderes, refere, em respeito ao Poder Legislativo, precisamente no art. 59, o processo legislativo, mencionando, também, no Título II, no Capítulo I, a respeito dos Direitos e Garantias Individuais, e, precisamente no inc. LV do art 5º, que faz expressa referência ao *processo judicial ou administrativo*, sabido que o *processo negocial* decorre do princípio *pacta sunt servanda*, pois, como já tinha observado Hans Kelsen, o contrato resulta das vontades concordantes que criam uma norma individual.

Isso corresponde à visão constitucional do processo, como o refere à Seção VIII, do Capítulo I, do título IV da CF/88, que, ao tratar da Organização dos Poderes, refere, em respeito ao Poder Legislativo, precisamente no art. 59, o processo legislativo, mencionando, também, no Título II, no Capítulo I, a respeito dos Direitos e Garantias Individuais no inc. LV do art. 5º, o *processo judicial ou administrativo*⁴. Em consequência, a nova disciplina, radicada no campo do processo judicial, tem de ser encarada a partir da interação dos três institutos básicos – jurisdição, ação e processo – para considerar-se que se trata de um processo que radica no texto constitucional e que, portanto, o estudo que se fizer das normas que a disciplinam, ainda que envolvendo dois ramos autônomos do direito – o Constitucional e o Processual – está dirigido unicamente para o texto constitucional.

Sendo a natureza do processo essencialmente instrumental (DINAMARCO, 1993), deve-se denominar a nova disciplina como “Direito Processual Constitucional”, assim como se tem o Direito Processual Penal, porque serve de instrumento para o Direito Penal e o Direito Processual Civil, porque instrumentaliza o direito não penal, isto é, cível.

4 CONCEITO E BREVE RESUMO DA MATÉRIA DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Com base nessas considerações e lastreado nos inúmeros conceitos já elaborados para essa disciplina, pode-se colaborar para a investigação científica sobre o tema por apresentar também um conceito próprio.

Parece-me que a novel disciplina, que radica na interdisciplinaridade do Direito Processual e do Direito Constitucional, deva ser considerada como o conjunto epistemológico e sistemático dos princípios e normas constitucionais e processuais que disciplinam o fenômeno processual tratado no texto constitucional. Conjunto porque os princípios e métodos formam um sistema, com unidade e ordem, obedecendo a uma metodologia e, por isso, epistemológico, dos princípios, pois norteiam o sistema e estruturam a metodologia científica da disciplina e, por fim, que disciplinam o fenômeno processual tratado no texto constitucional.

Partindo desse conceito, para atender ao propósito deste trabalho, procede-se a um breve resumo de dois temas de que trata a disciplina do Direito Processual Constitucional, com o que se revela que a postura adotada pode ser identificada como integrante da corrente doutrinária apontada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, como mista porque também entende que essa novel disciplina assenta em conceitos, métodos e estrutura do Direito Constitucional e do Direito Processual (MAC GREGOR, 2008, p. 336). Refiro-me aos princípios constitucionais do processo, em que se percebe a predominância do texto constitucional por ter por objeto a imposição sistemática dos valores humanos contemplados na Constituição sobre a processualidade em geral e ao processo do controle de constitucionalidade das leis que se refere, exclusivamente, a instrumentalidade da jurisdição constitucional.

4.1 RESUMO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

4.1.1 VALOR SISTEMÁTICO DOS PRINCÍPIOS

Tem-se insistido na importância dos princípios como elementos indissociáveis à ideia de sistema porque, como acentuou Kant, na definição clássica: *sistema é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitário*⁵.

Os princípios são indispensáveis à noção de sistema porque, como demonstrado por Celso Antônio Bandeira de Mello, são mandamentos nucleares de um sistema⁶, ainda que se considere que o sistema jurídico não atua dentro de um sistema adstrito à lógica formal, pois, como demonstra o mesmo Antônio Menezes Cordeiro, [...] *a unidade interna do sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da ideia de justiça do tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico* (CORDEIRO, 1996, p. 16). Em uma palavra, tem-se que os princípios são indispensáveis à noção de sistema e que o sistema jurídico não repousa em uma concepção lógico-formal, senão que em um entendimento da *lógica del humano e del razonable*, como acentua, com propriedade, Recanses Siches (1981, p. 627 e ss.).

4.1.2 SUMÁRIO CRÍTICO DOS PRINCÍPIOS GERAIS

4.1.2.1 PRINCÍPIOS FORMATIVOS DO PROCESSO

O tema dos princípios constitucionais gerais do processo já foi abordado entre nós, profusamente, pelos mais importantes

processualistas e, por não ser matéria inédita, se tratará, nessa abordagem, de condensar o que de melhor se escreveu a respeito.

Começo por referir àqueles princípios que, segundo Cândido Rangel Dinamarco, estão previstos expressamente no texto constitucional e, por sua importância, devem prevalecer sobre toda a espécie de processo: Civil, Penal, Trabalhista, Jurisdicional ou não, apontando-os como *o devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, o do juiz natural e o da publicidade*. Incluem-se, ainda, *o princípio do duplo grau de jurisdição, o princípio da motivação das decisões judiciais*, que, na verdade, se insere no princípio anterior (DINAMARCO, 2004, p. 197).

Estes princípios, que serão objeto da análise sumária que se seguirá se ajusta à classificação de Mancini e Manfredini, resumidos por José da Silva Pacheco como decomposto em: *a) princípio lógico, conforme o qual dever-se-ia selecionar os mais aptos e rápidos meios de perquirir e descobrir a verdade e de evitar o erro; b) princípio jurídico, que impele a igualdade no direito e justiça na decisão; c) princípio político, de que decorre dar ao processo a máxima garantia social, com o mínimo de sacrifício individual de liberdade; d) princípio econômico, pelo qual não devem os processos ser onerados com gravosas taxas ou despesas, nem com a demora, a fim de não se tornar privilégio dos ricos*. (PACHECO, 1985, p. 2)

Os ajustes dos princípios constitucionais gerais aos princípios gerais do Direito Processual serão observados no exame sumário que se procede a seguir.

4.1.2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO

a) Inafastabilidade do controle jurisdicional: interesse legítimo e direito subjetivo

Entre os princípios constitucionais do processo que se amoldam aos princípios gerais, revela-se como o mais importante o da inafastabilidade do controle jurisdicional, que se ajusta ao princípio político, no sentido de que o processo se identifica como o acesso à justiça e, por isso, recebe a maior garantia social, com o mínimo de restrição individual de liberdade.

Tem sua matriz no art 5º, XXXV, da CF/88, pois, embora tal dispositivo seja visto como fundamento do direito de ação, revela-se, também, como garantia constitucional de submeter, por meio do processo, qualquer lesão ou ameaça de direito à apreciação do Poder Judiciário para que se possa efetuar a tutela jurisdicional.

Muito embora o dispositivo constitucional esteja expresso em fórmula que, aparentemente, exclui dessa proteção os estrangeiros não residentes no país – afinal, o *caput* do dispositivo soa: *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país* – a interpretação correta reconhece tratar-se de direito fundamental, que, como se sabe, se lastreia no princípio da dignidade da pessoa humana.

Evidentemente, não pode ficar limitada aos nacionais, por ser reconhecido ao ser humano em geral, o que, naturalmente, inclui os estrangeiros. Significa dizer: apesar da redação da garantia constitucional que o direito de acesso à justiça e, em consequência, aos tribunais pátrios é reconhecido aos estrangeiros, ainda que não residentes no país⁷. Além disso, o princípio há de ser encarado de maneira ampla, não restrito ou limitado a quem demonstrar previamente ter um direito subjetivo. Todos têm o direito subjetivo de ter acesso aos tribunais para alegar a existência de um direito subjetivo ou apenas de um interesse legítimo⁸.

b) Juiz natural

O princípio do juiz natural, que Nelson Nery Júnior prefere enunciar como princípio do juiz e promotor natural, apresenta-se de forma tridimensional, por significar que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente deve ser imparcial⁹.

c) Igualdade das partes e as prerrogativas do Estado

Princípio constitucional recorrente do processo é o da igualdade das partes, Encontra-se contemplado no próprio texto infraconstitucional, precisamente

no art. 125, I, do CPC quando expressamente se estabelece que o juiz tem o poder dever de dirigir o processo para assegurar às partes igualdade de tratamento, que Ada Pellegrini Grinover revela tratar-se de princípio que pode ser visto sob duplo aspecto: meramente formal, que se contrapõe ao outro aspecto da igualdade material, ou mais precisamente, há uma dimensão estática e uma outra dinâmica, para concluir: *Na dimensão estática, o axioma de que todos são iguais perante a lei (grifos do autor) parece configurar, como foi argutamente observado, mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. A isonomia supera, assim, as desigualdades, para afirmar uma igualdade puramente jurídica. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real* (GRINOVER, 1990, p. 6).

Nesse sentido, aconselha-se que o juiz exerça um papel *pró-ativo* para assegurar essa igualdade dinâmica, fugindo do papel clássico que o queria estático, inerte, por caber-lhe o dever constitucional de garantir um processo justo, o que somente pode ocorrer se for garantido o *par condicio*, ou seja, a igualdade real de arma, no processo, ainda que, para isso, a equidistância do juiz seja adequadamente temperada (Idem, p. 7).

O conteúdo do princípio de igualdade, segundo Nelson Nery Júnior, significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Isso não significa, porém, como sustenta alguma doutrina, que é inconstitucional a prerrogativa de contagem de prazo diferenciado para a Fazenda Pública, considerada pelos autores que defendem essa postura como um privilégio inaceitável. Como esse mesmo autor reconhece em seguida: [...] *O que o princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial, e não a isonomia meramente formal*¹⁰. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 72).

Em síntese, o benefício dos prazos a determinados entes públicos, previstos no art. 188 do CPC, não se revela como um privilégio odioso e, por isso, inconstitucional por agredir o princípio da isonomia. Antes, apresenta-se como uma prerrogativa própria desses entes, justificada

– apenas e tão somente – quando servem de instrumento para a satisfação do interesse público que esses entes corporificam.

d) Contraditório

I – Contraditório e as partes

O contraditório é outro princípio constitucional geral do processo. Encontra-se previsto no art. 5º, LV, da CF/88 – *Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. Como se vê, refere-se, expressamente, ao exercício do direito de defesa.

O contraditório se desdobra em dois momentos: a informação necessária e a reação possível (GRINOVER, 1990, p. 4). Esse princípio decorre de outro, mais amplo, o princípio do devido processo legal *due process of law* – também resumido a seguir, em razão do que a jurisprudência pátria tem reconhecido que, considerado em sua amplitude, se tomaria desnecessário qualquer acréscimo, ou seja, a inclusão expressa de qualquer outro princípio.

Tudo já estaria implicitamente previsto nessa cláusula geral, pelo que já se enumeraram as garantias constitucionais que decorrem dele, a saber: 1º – *direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação*; 2º – *direito a um julgamento público e rápido*; 3º – *direito ao arrolamento de testemunhas e II notificação delas para comparecimento perante os tribunais*; 4º – *direito ao procedimento contraditório*; 5º – *direito de não se processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ex post facto, ou seja, com base em lei posterior ao fato que é imputado ao acusado*; 6º – *direito à plena igualdade entre acusação e defesa*; 7º – *direito contra medidas ilegais de busca e apreensão*; 8º – *direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas*; 9º – *direito à assistência judiciária, inclusive gratuita*; e, finalmente, 10º – *privilégio contra a autoincriminação*. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 70).

18

O conteúdo do princípio de igualdade [...] significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Isso não significa, porém, como sustenta alguma doutrina, que é inconstitucional a prerrogativa de contagem de prazo diferenciado para a Fazenda Pública [...]

Acrescente-se, apenas, que não basta garantir a notificação das testemunhas para que compareçam ao tribunal. Não basta, também, que se considere indispensável ao atendimento desse princípio a efetiva oitiva da testemunha nem a garantia da produção das provas alegadas para a defesa. Essa garantia se tornaria inútil – como um frasco de perfume vazio se, a despeito de tudo isso, o julgamento se fizesse sem nenhuma apreciação das provas produzidas, sem nenhuma argumentação precisa a respeito delas, para aceitá-las ou rejeitá-las, expressamente. Afinal, como demonstrou Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 216 e ss.), o contraditório impõe que se garanta às partes o exercício do poder de pedir, alegar e de provar, sendo certo, também, que o magistrado está obrigado, na fundamentação, a apreciar todas as questões e as questões todas¹¹.

II – O contraditório no processo de execução

Elio Fazzalari observou, com propriedade, que o processo é um procedimento com contraditório¹². Se assim o é – e, sem dúvida, é assim –, não se pode conceber a existência de um processo sem a existência de um contraditório. Não se pode, pois, imaginar que o processo de execução, por ser um processo de sujeição, pois somente tem lugar a partir de um título executivo judicial ou extrajudicial e que, por isso, não se destina a provocar um contraditório¹³, não se desenvolva por meio de um procedimento em que se respeite o contraditório.

Cândido Dinamarco demonstrou que existe instrução em todo processo porque não se deve identificar a instrução com a fase probatória, que certamente não existe no processo de execução e em muitos outros processos, mas sim com a preparação. Instruir não se confunde com provar, pois, como afirma, *instruir é preparar*. (DINAMARCO, 1993a, p. 1666)

Nessas condições, forçoso reconhecer que existe, sim, um contraditório no processo de execução, limitado aos atos preparatórios da satisfação do direito já previamente reconhecido, em procedimento que deve-se desenvolver sempre com a oitiva da parte contrária.

III – Contraditório e tutela coletiva

O contraditório remete à *legitimitatio ad causam*, à *eficácia da sentença* e aos *limites da coisa julgada*, que consagram o acendrado individualismo; tais restrições, no entanto, têm sido limitadas ultimamente, como demonstram obras recentes¹⁴.

Propõe-se que tais institutos sejam substituídos pela concepção da **legitimidade adequada** e que se considere que os **efeitos da sentença** e a autoridade da coisa julgada se projetem além dos próprios sujeitos que, nesses casos, figuram como autores, para atingir os integrantes do grupo ou comunidade substituída no processo pelo autor (DINAMARCO, 2002, p. 220). De consequência, não se admite qualquer ofensa ao princípio do contraditório quando, nesses processos, promove-se a extensão dos efeitos do provimento jurisdicional a quem não atuou pessoalmente no processo.

IV – Contraditório e atuação do juiz

Entende-se, também, que, embora a garantia do contraditório beneficie as partes, dirige-se diretamente ao juiz por ser ele o único que, na relação processual, tem poderes, sendo estes, na verdade, poderes-deveres, como bem estabelece o art. 125 do CPC, que lhe impõe, no inc. I, *assegurar as partes igualdade de tratamento*.

Na concepção moderna do processo, como observa Ada Pellegrini Grinover, a visão do contraditório é *menos individualista e mais dinâmica* [...] *postula a necessidade de a equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo*¹⁵.

V – Liberdade das partes e o princípio inquisitório

Já se disse que o princípio do contraditório beneficia as partes, embora também seja dirigido ao juiz, por haver-se impu-

tado a ele a responsabilidade maior de observá-lo no processo. Acrescente-se, mais, que, em respeito às partes, essa garantia busca estabelecer-lhes a liberdade de atuarem no processo, reconhecendo, tanto em respeito ao autor como ao réu – porque ambos são partes e não se faz nenhuma distinção processual nesse particular – o exercício de pedir, alegar e provar¹⁶.

Cândido Dinamarco descreve a atuação das partes no processo, em respeito ao contraditório, como sendo *criticamente necessária para a defesa dos direitos em juízo quando surge algum ato contrário ao interesse do sujeito*. Diz-se então que o contraditório se exerce mediante *reação* aos atos desfavoráveis – quer eles venham da parte contrária ou do juiz: reage-se à demanda inicial contestando – e à sentença adversa, recorrendo (DINAMARCO, 2002, p. 217).

VI – O duplo grau de jurisdição

Ivo Dantas explicou que, muito embora houvesse sinais do princípio do duplo grau de jurisdição na antiga Roma, foi com a Revolução Francesa que ganhou foros de cidadania como uma evolução natural à postura inicial do movimento no sentido de aboli-lo por se considerar que os tribunais configuravam uma espécie de *aristocracia judiciária*. Revela que o tema tem sido alvo de muita discussão, havendo quem os negue e quem os afirme, enquanto, em termos legislativos, registra-se tão somente a Turquia como país que adota um único grau de jurisdição (DANTAS, 2006, p. 178).

Nelson Nery Júnior, porém, havia anotado que, muito embora a primeira Constituição brasileira (a do Império, de 1824) houvesse recepcionado o princípio expressamente previsto no art. 158, não havia sido rigorosamente recepcionado no texto de nenhuma Constituição que lhe seguiu, contentando-se em mencionar a existência de tribunais, para fixar-lhes a competência, sem qualquer referência a esse princípio como uma garantia constitucional ampla¹⁷.

Acrescenta que embora a diferença seja sutil, é bastante para concluir-se que *não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito do recurso, dizendo, por*

exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (art. 34, da Lei n. 6.830/80) e nas causas, de qualquer natureza, nas mesmas condições, que forem julgadas pela Justiça Federal (art. 4º, da Lei n. 6.825/1980), ou, ainda, não caber recurso dos despachos (art. 504, CPC). (NERY JÚNIOR, 2004, p. 163).

Após analisar, com cuidado de sempre, os vários dispositivos que demonstram não haver a garantia de um duplo grau de jurisdição, acrescenta, já na 8ª edição de sua obra, em comentário ao artigo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22/11/1969, de que o Brasil é signatário, que o duplo grau de jurisdição foi adotado como garantia constitucional, mas precisamente como um *direito de o réu, no processo penal, interpor recurso de apelação*, não lhe parecendo, no entanto, à míngua de dispositivo expresso a respeito, de que exista tal garantia, em sentido absoluto, no Direito Processual Civil ou do Trabalho (NERY JÚNIOR, 2004, p. 213-214).

Cândido Dinamarco, ao revés, afirma que a CF/88, ao promover clara opção pela possibilidade de recursos contra as decisões judiciais, conclusão a que chega fundado em três argumentos: 1º – estabelecimento dos *tribunais de superposição* para o julgamento do recurso ordinário, do extraordinário e do especial; 2º – ao dispor sobre os recursos a serem endereçados aos tribunais integrantes da Justiça da União STM, TST, TSE e TRF, ao que acrescento o Superior Tribunal de Justiça bem como ao prever órgãos inferiores e superiores nas Justiças Estaduais, teria consagrado [...] *o que ordinariamente se denomina princípio do duplo grau de jurisdição* (DINAMARCO, 2004, p. 237).

Nenhuma dúvida pode existir quanto ao recepcionamento do princípio entre nós. Realmente ele se encontra consagrado implicitamente no texto constitucional, quando se refere à possibilidade de recorrer-se das decisões judiciais, como observou Calmon de Passos: *Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garan-*

tais mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que tem poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daqueles a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões) a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para permitir a avaliação objetiva e crítica da avaliação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se sempre a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). (PASSOS, 1999, p. 69).

Este não é, porém, um princípio absoluto, nem se revela como uma garantia constitucional¹⁸. Em consequência, ainda que não se tenha superado as inúmeras críticas deferidas quanto ao princípio, mais precisamente em respeito, à obrigatoriedade e ao cabimento do recurso, em tese: *difficuldade do acesso à justiça, desprestígio da primeira instância, quebra de unidade do poder jurisdicional, insegurança, afastamento da verdade (mais próxima da real) e inutilidade do procedimento oral*, pelo que se tem reconhecido a importância do princípio, insiste-se que não se apresenta como uma garantia constitucional porque nossa Carta apenas o refere, mas não o garante. Em consequência, como se trata de um princípio que pode ser contraposto por outro princípio, impondo-se reconhecer que haja exceções ao princípio, pelo que pode o legislador infraconstitucional restringir ou até eliminar recursos em casos específicos, como é a hipótese do art. 504 do CPC, que proíbe recurso contra despacho (antigamente se dizia contra despacho de mero expediente). (DIDIER; CUNHA, 2006, p. 18-25).

VII – Motivação das decisões judiciais

Este princípio, albergado no art. 93, IX, da CF/88, nunca teve sabor de novidade em nossa processualística. Desde

as Ordenações Portuguesas, herdadas dos colonizadores e aqui aplicadas, mesmo depois da Independência, mais precisamente do Livro III das Ordenações Filipinas, havia-se estabelecido, no Título LXVI, dedicado às *Sentenças definitivas*, mais precisamente no item 7, seguinte: *E, para as partes saberem se lhes convém appellar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir embargos a ellas, e os juizes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na*

[...] muito embora houvesse sinais do princípio do duplo grau de jurisdição na antiga Roma, foi com a Revolução Francesa que ganhou foros de cidadania como uma evolução natural à postura inicial do movimento no sentido de aboli-lo por se considerar que os tribunais configuravam uma espécie de aristocracia judiciária.

primeira instancia, como no caso de apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar (Grifos nossos). (PORTUGAL, 1985, p. 669).

Observa-se que se a motivação da exigência da fundamentação das decisões judiciais decorria, como se percebe, do escólio transcrito das Ordenações Filipinas, da necessidade de as partes examinarem a conveniência ou não de recorrer e de os julgadores para quem eventualmente se recorria pudessem apreciar a justeza da decisão e, se fosse o caso, reformá-la, ganhou maior dimensão no Estado de Direito. Passou a significar a necessidade de justificarem-se, previamente, as razões por que se decidiu de determinada maneira e não de outra.

Cândido Dinamarco explica, mesmo, que *para cumprir seu objetivo e atender as exigências da Constituição e da lei, a motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, mas decidiria diferentemente se tivesse adotado outros fundamentos – seja no exame da prova, seja na interpretação do sistema jurídico.*

Penso, pois, que esse princípio se revela como indispensável à legitimação do poder exercido pelo magistrado. Diferentemente dos outros agentes políticos que têm legitimação *a priori* para o exercício do poder, que decorre do fato de haverem sido prévia e periodicamente eleitos para o exercício de cargos públicos, os magistrados não são – nem devem – ser eleitos, mas são obrigados a justificarem, *a posteriori*, mercê da indispensável fundamentação de todas as decisões que proferem, pois que todas as decisões que proferem são legítimas porque, com base nos fundamentos apresentados, outra não poderia ser proferida na hipótese. Acrescente-se que, como bem observado pelo mesmo Cândido Dinamarco, há de se exigir *coerência na motivação*, no sentido de que esta deve ater-se às razões

do convencimento, identificando-as cada uma de *per se* – o texto das Ordenações se refere *às causas* – e não se limitar a alegações genéricas como as célebres “atendidas as exigências de lei” (sem dizer quais eram), concedo a liminar, pelo que tal motivação e nenhuma, em consequência, é nula. Além disso – insiste o autor –, a motivação deve ser completa, no sentido de que não deve omitir a apreciação de pontos cuja solução poderia conduzir o decisor a pronunciar-se de modo diverso (DINAMARCO, 2004, p. 243).

4.1.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Qualquer apreciação dos princípios gerais do processo, contemplados no texto constitucional, seria incompleta, ainda que se examinasse breves considerações como na hipótese, sem que se mencionasse, sumariamente, o princípio maior do devido processo legal, justificadamente considerado como a base sobre a qual todos os demais se sustentam¹⁹.

Muito antes de serem recepcionadas, do atual texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência brasileira já havia, parcimoniosa e expressamente, construído doutrina a respeito deste princípio, identificando-o, implicitamente, na garantia de direito de acesso à jurisdição expresso no direito de ação, na célebre fórmula com que foi inserido desde o texto constitucional de 1946, mantido desde então, ainda que com importantes aperfeiçoamentos: *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão* (acrescentou-se, depois, ameaça) *a direito individual* (restringiu-se, depois, apenas a direito). Como se sabe, o dispositivo constitucional – no art. 5º, LIV – soa: *Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (tradução ao pé da letra da expressão inglesa “*due process of law*”), sendo certo que Nelson Nery Junior observou que a fórmula adotada, bem resume o conteúdo genérico do princípio, caracterizado pelo trinômio vida–liberdade–propriedade²⁰.

Muito se tem escrito a respeito desse princípio, inclusive para distinguir o *substantial due process of law* do *procedural due process of law*, mas, para atender às pretensões deste trabalho, limito-me a reproduzir as observações procedidas por Carlos Mario Velloso, ex-presidente do STF, em artigo sucinto a respeito do tema, quando assinalou, de modo conciso e exato, a distinção entre o chamado devido processo legal substantivo – ou *substantive due process of law* – e o devido processo legal processual – ou *procedural due process*: *Due process of law, com conteúdo substantivo, estabelece limite ao Poder Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça e, devem ser razoáveis, devem guardar segundo o juiz O. W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Paralelamente, due process of law com caráter processual (ou procedural due process of law, acrescento), garante às pessoas um procedimento judicial (e também administrativo, acrescento do original) justo, com o direito de defesa*²¹.

Não se poderia, também, deixar de transcrever precioso resumo das cláusulas do devido processo legal, sob o aspecto processual – ou o *procedural due process* – no processo americano, procedido por Nelson Nery Júnior, quando esse autor esclarece que a obediência desse princípio importa reconhecer o dever de propiciar ao litigante:

a) *Comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental (que me parece corresponder à citação e à intimação);*

b) *Um juiz imparcial (o que me parece insito a cláusula do juiz natural, pois corresponde a exigência, própria deste princípio de que todos têm o direito de exigir submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei;*

c) *A oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz (o que corresponde ao nosso princípio de ampla defesa);*

d) *A oportunidade de apresentar provas ao juiz (o que corresponde ao nosso princípio do contraditório, como já visto);*

e) *A chance de reperguntar as testemunhas e de contraditar as provas que forem utilizadas contra o litigante (correspondente ao nosso princípio do contraditório, já visto);*

f) *O direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal (o que corresponde ao princípio do contraditório, também já visto);*

g) *uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos (o que corresponde ao nosso princípio do dever de fundamentar as decisões, já anteriormente apreciado e se harmoniza, também, com o art. 131 do nosso CPC).*

Acrescenta-se, ainda:

a) *O direito ao processo com a necessidade de haver provas;*

b) *O direito de publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas;*

c) *O direito a uma audiência pública;*

d) *O direito a transcrição dos atos processuais;*

e) *Julgamento pelo Tribunal do Júri;*

f) *O ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual²².*

4.2 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

4.2.1 O FUNDAMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Jorge Miranda observou, com precoce acuidade, que qualquer teoria acerca da inconstitucionalidade das normas deveria partir de uma das três perspectivas: a de ser a Constituição

uma norma fundamental; a da validade das normas que derivam da Constituição; e, finalmente, a ineficácia das normas contrárias ao texto constitucional para que subsista íntegra a garantia, para concluir que [...] *a inconstitucionalidade deve ser apercebida em função da garantia da Constituição – a invalidade deve ser iluminada por essa garantia* (MIRANDA, 1996, p. 12-14). O fundamento maior da existência de um controle (em Portugal, prefere-se dizer fiscalização) de constitucionalidade das normas é o de permitir a garantia que o texto constitucional oferece e que, por isso, deve ser mantido íntegro. Essa perspectiva remete ao conteúdo da jurisdição constitucional²³, que, por sua vez, conduz à existência mesma do Direito Processual Constitucional, aspecto tratado no início dessa abordagem e que aqui se revela sob o viés de uma disciplina voltada para o processo constitucional de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, ou seja, tem por objeto a defesa do próprio texto constitucional.

Por outro lado, penso que este estudo remete à precedente observação de Mauro Cappelletti de que a concepção da Constituição como norma – e como norma superior, *norma normarum* – decorre de uma ideia que finca raízes no jusnaturalismo, no entendimento de que havia um direito natural superior ao direito positivo, ao qual este havia de se conformar. Isso resulta do esforço dos juristas em positivar o jusnaturalismo²⁴, o que se deu a partir do movimento do constitucionalismo pela adoção das seguintes providências:

1. *Admitirem-se as Constituições modernas como normas prevalentemente “de valor” porque, ainda que expressa em fórmulas necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas, têm-se que define uma tábua de valores que rege determinada sociedade e que, por isso, devem ser respeitadas, com caráter vinculativo das demais normas;*

2. *Atribuir um caráter rígido a essa constituição, de modo a não poder modificá-la senão cumpridas certas formalidades, nela expressas;*

3. *Buscar-se transformar a imprevisão e a imóvel estaticidade dessas*

daquelas formulas consagradas na Constituição e a inefetividade daquela prevalência, numa efetiva, dinâmica e permanente “concretização” desses valores, através da obra de um intérprete qualificado: o juiz constitucional (Huter der Verfassung). (CAPPELLETTI, 1984, p. 9-15).

A jurisdição constitucional, explicou José Afonso da Silva, revela-se como *aquela que tem por objeto a defesa da constituição, entendida esta como a expressão jurídica de um sistema de valores aos quais se pretende dar um conteúdo histórico e político, insistindo, porém, que a constituição assim entendida se revelava como a expressão desse sistema de valores emergentes da comunidade social que se consagra num texto político. Se a constituição não for essa expressão não terá legitimidade.* (SILVA, 1996).

Esse autor ressaltou que a jurisdição constitucional tem por objeto o contencioso constitucional e se exercita de vários modos:

a) *Controle de constitucionalidade de leis e outros atos normativos do Poder Público, quando a atuação jurisdicional opera mediante provocação por um dos remédios ou ações constitucionais, correspondentes a jurisdição constitucional das liberdades.* b) *Resolução dos conflitos que se instauram entre os diversos órgãos do poder em relação ao alcance de suas competências e atribuições estabelecidas nas normas constitucionais, correspondente à jurisdição constitucional orgânica; e, finalmente;*

c) *Resolução dos conflitos derivados da aplicação das disposições constitucionais internacionais e comunitárias incorporadas ao ordenamento jurídico interno, correspondente a jurisdição constitucional de caráter comunitária ou internacional.* (SILVA, 1996)

O controle de constitucionalidade, como visto, enquadra-se na hipótese da *alínea a*, supracitada.

4.2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

a) Formas

Valemo-nos do resumo procedido por Gilmar Ferreira Mendes para referir que as formas de controle podem ser: quanto ao órgão (quem exercita o

controle); quanto ao modo ou à maneira como se exercita o controle e quanto ao momento em que se realiza.

Quanto ao órgão, o controle pode ser político, jurisdicional ou misto. Será político – como ocorre na França –, quando for realizado por órgão político e não jurisdicional. Observa-se que o controle de constitucionalidade, realizado nas Casas Legislativas, como uma fase do respectivo processo, e a possibilidade de veto a ser oposto pelo Executivo também se enquadram nessa categoria. Será jurisdicional se o controle for exercido por órgão do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional, ainda que considerada fora desse Poder e pode ser difuso (também chamado americano); e concentrado (denominado também de “austríaco”); e, finalmente, misto. (MENDES, 2008, p. 1005).

b) Modelos: difuso e concentrado

O controle difuso – também denominado “concreto”, porque sempre é exercido para a defesa de algum direito, daí porque se alega que é exercido pela via exceptiva, sabido que o vocábulo *exceptio* significa, em sentido amplo, a própria defesa – ocorre quando, no curso de uma demanda judiciária, uma das partes levanta, em defesa da sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se quer lhe aplicar. Verifica-se sempre no curso de uma ação e é exercido por qualquer juiz ou tribunal, sendo certo que somente por este último, com obediência ao princípio da reserva do plenário (CF/88, art. 97) pode o tribunal que conhecer do chamado “incidente de inconstitucionalidade” declará-la inconstitucional.

[...] se o juiz ou o tribunal, apreciando incidentalmente a questão que lhe cabe decidir, concluir que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá negar-lhe aplicação ao caso concreto, declarando a inconstitucionalidade [...]

O controle concentrado – ou abstrato – é realizado por meio de uma ação prevista abstratamente que o provoca exclusivamente perante a Corte Constitucional que, no Brasil, é o STF, o qual somente atua limitadamente nas precisas hipóteses previstas na CF/88. O controle misto, por fim, consiste no sistema em que opera tanto o sistema difuso – ou concreto – quanto o concentrado – (ou abstrato), como no Brasil.

Importante observar que o controle difuso, presta-se mais a defesa do cidadão, e o controle concentrado, mais a defesa do Estado. (REGO, 2001, p. 207).

4.2.3 O PROCESSO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade exercitado no Brasil é misto. Ele tanto é realizado incidentalmente, pela via de exceção, isto é, com técnicas do sistema difuso, quanto pela via principal, por meio de ações próprias para esse fim, com técnicas de um sistema abstrato/concentrado.

4.2.3.1 DIFUSO

a) Introdução

Como assinalou Jorge Miranda, com propriedade, esse controle – que denominou de “modelo judicialista” – baseia-se no poder normal que o juiz tem de recusar a aplicação de leis inconstitucionais às lides que tenha de dirimir. (MIRANDA, 1996a, p. 382). Para muitos, somente esse tipo de controle oferece ao magistrado a plena dignidade de órgãos de soberania, por atribuírem ao juiz o importante papel de cumprir, antes de tudo, a Constituição, definindo-se a questão da inconstitucionalidade como uma questão jurídica. Não se pode desvincular, porém, o papel político exercido com esse controle, porque o magistrado recusa a aplicação de uma lei, na apreciação do caso concreto, porque o fundamento de validade dessa norma é o próprio texto constitucional que, por sua vez, se apresenta como fundamento do poder político, substancial e formal, de todos e de cada um dos atos de seus órgãos²⁵. O sistema apresenta inconvenientes, sendo o mais grave o de permitir decisões contraditórias²⁶. Tem-se esse controle como o que integra a tradição brasileira desde o início da República, quando foi adotado, expressamente, na CF/1891, sendo considerado, a despeito da expansão do controle de constitucionalidade por via direta ocorrido nos últimos anos, como a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais. (BARROSO, 2004, p. 71).

b) Características

Segundo Luís Roberto Barroso (2004), esse controle apresenta as seguintes características:

I – Caso concreto: o exercício desse controle pressupõe a existência de um processo, de uma ação judicial, uma lide trazida ao processo, em cujo *iter* se tenha suscitado a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. Chama-se controle por via de exceção (como já se explicou), não apenas porque seja o réu que, em sua defesa, levante a questão de inconstitucionalidade, mas porque, excepcionalmente, alega-se a existência de um direito que nasce do fato de se reconhecer, incidentalmente, que uma lei é inconstitucional (o que, seguramente, será feito por um autor e não um réu. Basicamente, se o juiz ou o tribunal, apreciando incidentalmente a questão que lhe cabe decidir, concluir que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá negar-lhe aplicação ao caso concreto, declarando a inconstitucionalidade, quando se tratar de Tribunal, nos exatos termos do art. 97 da CF/88 (tendo em vista que o juiz singular apenas recusa a aplicação da lei, tida por inconstitucional, mas não a declara, acrescento).

II – Legitimado a suscitar esse controle: embora o controle incidental houvesse sido provocado apenas pelo réu, o que deu origem a denominá-lo “controle por via de exceção”, que corresponde à defesa, também é reconhecido ao autor quando vem postular, em seu pedido inicial ou em momento posterior, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, para que não tenha de se sujeitar a seus efeitos. Por fim, também o Ministério Público, quer funcione como parte, quer funcione como *custos legis*, bem como terceiros que tenham intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente) e, ainda, o juiz ou o tribunal de ofício, quando as partes tenham silenciado a respeito.

III – Processo em que cabe suscitar-se o controle: a questão incidental de inconstitucionalidade da lei pode ser levantada em processos de qualquer natureza: conhecimento, execução ou cautelar. O que se exige é que haja, no processo, um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. Importante ressaltar, porém, que é um controle incidental de inconstitucionalidade que somente pode operar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não pode ser um ataque frontal à lei, que acontece *principleter*, mas a proteção de um direito que seria afetado pela aplicação de uma lei reputada inconstitucional e, portanto, de cognição *incidenter tantum*. A arguição de inconstitucionalidade, portanto, pode se dar em ação de rito ordinário, sumário, especial, em ação constitucional, como a ação popular e a ação civil pública, apesar da discussão travada em respeito a esta última.

IV – Normas objeto do controle: esse controle pode ser exercido em respeito às normas emanadas de qualquer nível de poder: federal, estadual ou municipal, inclusive às normas anteriores à Constituição – o que não é possível pela via abstrata/concentrada, com exceção da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

V – Questão prejudicial: como já se disse, não se promove, no controle difuso, uma arguição direta de inconstitucionalidade da lei. Não se pede, pois, objetivamente, como pedido próprio, específico, da ação, que se declare inconstitucional. Postula-se um direito que somente poderá ser atendido se se afastar a incidência de uma norma, reputada inconstitucional. Diz-se então que o órgão julgador necessitará formar um juízo prévio sobre a constitucionalidade da lei, ainda que incidentalmente.

O exame da questão de inconstitucionalidade da lei dá-se, pois, como uma questão prejudicial, isto é, como uma questão decidida previamente, como pressupostos lógicos e indispensáveis para a solução da questão principal.

A esse respeito, Francesco Menes-trina distingue a prejudicialidade lógica da prejudicialidade jurídica. Somente existirá prejudicialidade jurídica se a questão prejudicial puder ser objeto de

um processo independente²⁷. Penso que, a questão prejudicial de inconstitucionalidade se revela como questão prejudicial jurídica, porque não há nada que impeça que a alegação incidental de inconstitucionalidade não possa ser suscitada por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade, mediante pedido próprio específico ou, dito de outro modo, pela via principal.

VI – Controle difuso: neste controle, tanto o juiz monocrático quanto o tribunal pode apreciar, incidentalmente, como questão prejudicial, a alegação de inconstitucionalidade de uma norma. O juiz monocrático, porém, se limitará a afastar a aplicação da lei que reputa inconstitucional ao caso concreto, mas não a declarará inconstitucional. A competência de o magistrado recusar a aplicação da lei reputada inconstitucional está expressa no art. 13, § 10, da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal, que tem a seguinte redação:

§ 10 – Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocurrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a constituição.

VII – Reserva de plenário: Desde a CF/1934, introduziu-se entre nós o princípio da reserva de plenário pelo qual, na forma do atual art. 97 da CF/88: *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com o poder público.* Embora criado na época em que somente havia o controle difuso, estendeu-se também ao controle abstrato/concentrado e esse princípio espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. (BARROSO, 2004, p. 78). Penso que esse dispositivo se encontra ainda em vigor e, como se dirige aos juizes e tribunais, e o Poder Judiciário é uno, serve de lastro para a competência de todo e qualquer juiz brasileiro.

c) Procedimento

Anoto como procedimento próprio do exercício desse controle os seguintes cuidados que devem ser seguidos, em

respeito à atuação dos diversos órgãos que nele atuam:

1ª etapa – atuação do Juiz monocrático

O juiz monocrático deve observar que:

1º – atua no controle difuso de constitucionalidade, sem perder de vista que se trata de um controle incidental;

2º – deve prevalecer a presunção de constitucionalidade da lei;

3º – por se tratar de um controle exercido pela via da exceção, somente deve apreciar a alegada inconstitucionalidade quando ela se torne indispensável ao julgamento da causa;

4º – o objeto de sua atuação é apenas a recusa de aplicação da lei reputada inconstitucional ao caso concreto;

5º – incide o reexame necessário (cf. art. 475, II, CPC).

2ª etapa – perante órgão fracionário do Tribunal

(arts. 480 a 482 do CPC)

1º – Na Turma, ou Seção do Tribunal (órgão fracionário) o relator submeterá a questão de inconstitucionalidade, arguida por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo juiz monocrático, por ele próprio relator ou por qualquer de seus pares, à Turma, Câmara ou Grupo de Câmaras, Seção, ou qualquer órgão fracionário, ao qual incumba julgar o feito (art. 480, CPC);

2º – Se a arguição for rejeitada, o julgamento prosseguirá normalmente, se for acolhida, será lavrado acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno (art. 481 do CP). Tem-se entendido que dessa decisão não cabe nenhum recurso²⁸.

3ª etapa – perante o Pleno do Tribunal

(ou órgão especial)

Opera, neste preciso momento, a cisão funcional da competência, ou seja, o Tribunal Pleno (ou o órgão especial onde houver) decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, com a obrigatória aplicação do julgamento do Pleno do Tribunal – ou do órgão especial com competência para esse fim (cf. art. 97 da CF/88) sobre a questão de inconstitucionalidade. Do julgamento do órgão fracionário em que se aplica a decisão do Pleno, cabe recurso extraordinário, mas não da decisão do Pleno, em si.

III – Atuação do STJ e do STF

Atuação do STJ

Exerce o controle incidental nas causas de sua competência originária (art. 105, I, CF/88), ou nas que aprecia recurso ordinário constitucional (art. 105, II, CF/88). Não aprecia a questão da inconstitucionalidade por via de recurso.

Atuação do STF

Exerce o controle difuso nas causas de sua competência originária ou nos julgamentos dos recursos ordinários constitucionais (art. 102, I e II, CF/88). Cabe-lhe a competência exclusiva de reapreciar os julgamentos do Pleno dos tribunais, a partir do recurso extraordinário impetrado das decisões dos órgãos fracionários que aplicaram o julgamento no caso concreto (art. 102, III, da CF/88).

O exame da questão de inconstitucionalidade da lei dá-se, pois, como uma questão prejudicial, isto é, como uma questão decidida previamente, como pressupostos lógicos e indispensáveis para a solução da questão principal.

d) Efeitos do julgamento e efeitos temporais

A decisão pronunciada pelo STF, no ápice do controle difuso de constitucionalidade somente tem efeito interpartes. Diz-se que somente produz coisa julgada entre as partes para as quais é dada, na forma do art. 472 do CPC, o que implica repetir-se a mesma ação onde SC arguiu a inconstitucionalidade da norma, individualmente, por todos que se julguem prejudicados²⁹.

Anoto que, em Portugal, onde se manteve o controle difuso ao lado do controle abstrato/concentrado, mesmo depois que se criou um Tribunal Constitucional, adotou-se uma prática que considero extremamente salutar, ao estabelecer-se, no art. 281, que trata da disciplina da chamada “fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade”, precisamente no item: 3. *O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em lres casos concretos.*

Efeitos temporais

Tem-se entendido que a lei julgada inconstitucional é lula e que, em consequência, a lei julgada inconstitucional é nula desde o seu nascimento, não produzindo efeitos válidos desde então. Os efeitos seriam, pois, *ex tunc*. (BARROSO, 2004, p. 87).

Considero razoável, no entanto, a observação de José Afonso da Silva de que se deve considerar os aspectos em respeito ao caso concreto, no curso do qual se declara incidentalmente a inconstitucionalidade da norma. A declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, porque fulmina a relação jurídica nascida sob seu império desde o seu nascimento. Essa lei continua válida e eficaz até que o Senado suspenda sua executoriedade – prefiro a sua eficácia ou aplicabilidade. A partir daí, produz efeitos *ex nunc* (SILVA, 1990, p. 52).

Luís Roberto Barroso refere, porém, um caso curioso em que se observou a eficácia retroativa – *ex tunc* – de decisão inci-

dental em respeito a terceiros. Uma empresa havia depositado em juízo parcelas de determinado tributo, ao mesmo tempo em que discutia sua exigibilidade em face de alegada inconstitucionalidade. O pedido não foi acolhido, a sentença transitou em julgado e operou-se a decadência obstativa da propositura da ação rescisória.

Posteriormente, em ação movida por outra empresa contribuinte, o STF, apreciando Recurso Extraordinário, declarou a inconstitucionalidade da norma que autorizava a cobrança, havendo o Senado suspenso a execução da lei. A primeira empresa – que não teve acolhida sua pretensão – requereu o levantamento do depósito que havia feito e que ainda não havia sido convertido em renda da União. A Fazenda Pública, porém, alegou em seu favor a existência de coisa julgada. O entendimento do autor citado – e que acompanho, no particular – é de que a solução correta seria do deferimento do levantamento, tendo em vista que a coisa julgada que, na espécie, nem se havia produzido na plenitude de seus efeitos, porque não tinha havido ainda a conversão em renda, não podia prevalecer sobre a justiça da recuperação ao do valor depositado, por um critério de ponderação de valores: coisa julgada X justiça no caso concreto³⁰.

4.2.3.2 ABSTRATO/CONCENTRADO

a) Características

Luís Roberto Barroso procedeu a um excelente resumo sobre as características gerais do controle de constitucionalidade abstrato/concentrado, também denominado, entre nós, de “controle de constitucionalidade por via de ação direta”, que acaba por ser uma de suas características mais marcantes, ou seja, o controle somente é exercido por uma ação própria, direta.

As características apontadas por esse autor, a seguir resumi-las, são as seguintes: pronunciamento em abstrato da validade da norma; julgamento de uma questão principal; exercício de um controle concentrado; competência para o processo e julgamento; legitimação para figurar na relação processual; e, finalmente, o objeto da ação.

I – Pronunciamento em abstrato

Paulo Bonavides considera que essa característica diz respeito a que esse controle, ao contrário do que acontece com o controle difuso, de natureza incidental, se revela como um controle direto. *Nesse caso – explica, então – impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poder perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada erga omnes (com relação a todos).* (BONAVIDES, 2008, p. 307).

II – Julgamento de uma questão principal

Diferentemente do controle difuso, com quem sempre será comparado, o controle abstrato/concentrado não se pronuncia sobre uma questão prejudicial. Como bem demonstrado por José Carlos Barbosa Moreira, a questão prejudicial é aquela que se põe como antecedente lógico necessário e indispensável na apreciação de outra questão que se tem por *principaleter*. O juiz a terá de – no juízo lógico que desenvolve –, necessária e de modo indispensável, apreciar a questão de inconstitucionalidade para decidir sobre a questão de direito material posta à sua apreciação. (MOREIRA, 1967, p. 54).

A esse respeito, Mauro Cappelletti já se pronunciou quando, escrevendo sobre *la pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, apontou como característica fundamental a de que ela se apresenta em determinado juízo como uma questão secundária, muito embora possa transformar-se em uma questão *principaleter* em outro processo, tendo em vista que, no processo em que atua como questão prejudicial, ela não integra o *thema decidendum*. (CAPPELLETTI, 1972, p. 34). No processo de controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, a alegada inconstitucionalidade da norma é a questão mesma do processo, apreciada como *thema decidendum*, ou seja, examinada e decidida *principaleter*, como questão principal.

III – Exercício de um controle concentrado

Por exercer-se um controle atribuído a um órgão específico, que pode ou não integrar o Poder Judiciário, diz-se que se trata de um controle concentrado. Luís Roberto Barroso observa que, em nosso País, esse controle é concentrado porque, no plano federal, ele é exercido apenas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e, no plano estadual, pelo Tribunal de Justiça. (BARROSO, 2004, p. 115).

IV – Competência para julgamento

Prosseguindo na síntese do pensamento do autor acima mencionado, tem-se que, no sistema federativo brasileiro, o controle de constitucionalidade abstrato/concentrado é atribuído, constitucionalmente, ao STF, no plano federal, e aos tribunais de justiça, no plano dos Estados federados, e no que se entende como inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, na forma do art. 125, § 2º, da CF/88, com uma observação derradeira cuja transcrição se impõe: *O sistema concebido pelo constituinte permite o ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e no âmbito federal – isto é, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal – tendo por objeto a mesma lei ou ato normativo estadual (grifo do original), mudando-se apenas o paradigma: no primeiro caso a Constituição do Estado e, no segundo, a Carta da República.*

Acrescentando, em seguida: *Como intuitivo, a decisão que vier a ser proferida pela suprema Corte vinculará o Tribunal de justiça, mas não o contrário. Por essa razão, quando tramitarem paralelamente as duas ações, e sendo a norma constitucional estadual contratada mera reprodução da Constituição Federal, tem-se entendido pela suspensão do processo no plano estadual.* (IDEM, p. 117).

V – Legitimação para a ação

Como já se acentuou, a construção do processo constitucional não foi desprovida de dificuldades, tendo em vista que se procurou adaptar os institutos criados pelo processo civil comum, que preferiu denominar de “clássico”, e, sobretudo, que o processo jurisdicional do controle de constitucionalidade é um processo objetivo³¹, isto é, um processo sem partes³². Como a legitimação se apresenta como uma das condições da ação que decorre da particular situação do titular de um direito subjetivo, o que não acontece com o processo constitucional de controle de constitucionalidade, tornou-se imperioso construir-se uma legitimação própria, específica, para as ações destinadas ao controle de constitucionalidade.

Assim é que se tem ressaltado que a disciplina do processo objetivo com institutos próprios do processo civil clássico, que tem por objeto a tutela do direito subjetivo, imperiosamente deve ser feita *cum grano salis*.

A legitimação passiva – contra quem se deverá propor a ação destinada ao controle de constitucionalidade – recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela criação da lei ou do ato normativo, objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo. Em respeito à legitimação ativa, reconhece-se que se operou profunda transformação no trato da jurisdição constitucional em nosso País, por haver-se alargado o rol de legitimados à propositura da ação, com a definitiva quebra do monopólio do procurador-geral da República, único legitimado desde a criação da ação genérica desse controle³³.

VI – Objeto da ação

O objeto da ação destinada ao controle abstrato/concentrado de constitucionalidade é a lei ou o ato norma-

tivo federal ou estadual. Inclui-se, nessa rubrica, uma série de atos que forma a multiplicidade normativa brasileira, sobre a qual não se discorrerá – emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decretos legislativos e resoluções, decretos autônomos, legislação estadual, tratados internacionais –, descabendo, no entanto, o exercício do controle de constitucionalidade por essa via, em respeito aos atos normativos secundários, às leis e atos de efeitos concretos, às leis anteriores à Constituição, às leis que já tenham sido revogadas e, por derradeiro, à lei municipal em face da Constituição Federal³⁴.

b) O procedimento das Leis ns. 9.968/1999 e 9.882/1999

O procedimento traçado pelas Leis n. 9.968/1999 e 9.882/1999 aplica-se a todas as ações destinadas ao controle abstrato/concentrado de constitucionalidade das leis e, de acordo com o exame feito sobre esses diplomas legais, pode-se concluir que ressalta os seguintes aspectos:

1º – A legitimação ativa – é unicamente dos legitimados a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou, na forma do art. 103 da CF/88: o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o governador do Estado, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, valendo, para identificar-se se ela ocorreu os precedentes já construídos pelo STF a respeito. Faculta-se, porém, a qualquer interessado, representar ao procurador-geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá a respeito do cabimento ou não da ação e a proporá ou não (cf. art. 2º das Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999);

2º – A legitimação passiva é das autoridades ou dos órgãos responsáveis (e, nesse caso, se considera o funcionário que, na linguagem de Pontes de Miranda, o apresenta)³⁵;

3º – O procedimento se inicia por petição que satisfaça os requisitos do art. 3º das Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999

(deverá conter: a indicação precisa do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental e os pedidos, com suas especificações) e os colegitimados têm capacidade postulatória especial, que dispensa a presença de advogado (Adin 127-2/Al. Rel. Min. Celso de Mello. In: DJU de 4/12/92, p. 23.057). (BERNADES, 2000, p. 3);

4º – Não sendo o caso de arguição ou não preenchendo a inicial os requisitos exigidos em lei, o relator poderá indeferir a de plano (cf. art. 4º das Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/99). Dessa decisão cabe agravo, no prazo de cinco dias, na forma do § 2º do mesmo dispositivo;

5º – Não se admite desistência da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de Declaração de Constitucionalidade. (Cf. art. 5º da Lei n. 9.868/99);

6º – Embora não se trate de um processo contencioso, porque, como já se disse, trata-se de um processo objetivo (*objektives Verfahren*), prevê-se, no procedimento em respeito à Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, um pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, na forma do art. 6º da Lei n. 9.868/99;

7º – De igual modo, faculta-se a prévia oitiva dos órgãos ou das autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como do advogado-geral da União ou do procurador-geral da República, no prazo comum de cinco dias, em respeito à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (cf. art. 5º, § 2º, da Lei n. 9.882/99);

8º – Embora não se admita a intervenção de terceiros, faculta-se a participação do *amicus curiae*, na forma do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, sobre cujo instituto será apreciado, resumidamente, a seguir;

Tem-se entendido que a lei julgada inconstitucional é lei nula e que, em consequência, a lei julgada inconstitucional é nula desde o seu nascimento, não produzindo efeitos válidos desde então. Os efeitos seriam, pois, ex tunc.

9º – O pedido de liminar somente poderá ser deferido por decisão da maioria absoluta dos membros do STF (cf. art. 10 da Lei n. 9.868/99 e art. 5º da Lei n. 9.882/99);

10 – Em caso de excepcional urgência, o tribunal poderá deferir medida cautelar sem audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (cf. art. 10, § 3º, da Lei n. 9.868/99) e, em se tratando de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, quando houver extrema urgência ou perigo de grave lesão ou, ainda, em período de recesso, o relator poderá concedê-la, *ad referendum* do Pleno (cf. § 1º, do art. 5º, da Lei n. 9.882/99);

11 – A liminar a que se refere o item anterior poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais superiores suspendam o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação

com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente da coisa julgada (cf. § 3º, do art. 5º, da Lei n. 9.882/99);

12 – Após o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o advogado-geral da União e o procurador-geral da República, que deverão manifestar-se cada qual, no prazo de 15 dias, na forma do art. da Lei n. 9.868/88;

13 – Faculta-se, ainda, na forma do art. 9º, § 1º, que – embora o relator esteja apto a lançar relatório, com distribuição de cópia para todos os ministros e pedir dia para julgamento – o relator requisite as informações que julgar necessárias, designe perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, fixe data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria e/ou solicite informações de quaisquer tribunais do País, na forma do art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.868/99;

14 – Em se tratando de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, segue-se prazo para as informações pelas autoridades responsáveis pela prática do ato impugnado, por dez dias (cf. art. 6º da Lei n. 9.882/99). Mesmo nas arguições incidentais (a que opera como prejudicial de inconstitucionalidade), não é imprescindível a oitiva das partes que compõem a relação processual originária, mas o relator poderá, se entender necessário, ouvi-las ou requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (cf. art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99);

15 – No procedimento dessa ação, a intervenção da Procuradoria-Geral da República é obrigatória. Terá vista pelo prazo de cinco dias, após o decurso do prazo para informações (cf. CF/88, art. 103, § 1º e art. 7º, Parágrafo Único da Lei n. 9.882/99);

16 – A decisão somente será tomada se houver quórum de pelo menos oito ministros (cf. art. 22, da Lei n. 9.868/99) ou, em respeito à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, se estiverem presentes pelo menos dois terços dos ministros (cf. art. 8º, da Lei n. 9.882/99) e, julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (cf. art. 10 da Lei n. 9.882/99). O presidente do STF determinará o imediato cumprimento da decisão, ainda que o acórdão seja lavrado posteriormente;

17 – Tratando-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e em se tratando de ação oriunda de prejudicial de constitucionalidade, o magistrado retomará o curso do feito – que se encontrava suspenso, na forma do art. 265, c do CPC – para, tomando a decisão como ponto prejudicial, prosseguir na direção da sentença³⁶.

c) A figura do *amicus curiae*

I – Breve histórico e conceito

O instituto *amicus curiae* é de origem americana, apesar de se tratar de uma expressão latina. Luiz Fernando Martins da Silva assinalou que o projeto de lei posteriormente convertido na Lei n. 9.868/99, que introduziria essa figura entre nós, refere que havia se inspirado na figura do mesmo nome – *amicus curiae* – no caso, o chamado *Brandies-Brief*, identificado como

um memorial-manifestação – esse é o sentido do *brief* – utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos pelo advogado Louis D. Brandeis, no *case Muller Vs Oregon*, em 1908 – pelo que imagino ter recebido o nome *Brandies-Brief*.

Ressaltou que a importância dessa técnica pode ser observada pelo que aconteceu no importantíssimo julgamento na Suprema Corte americana, em um caso que envolveu a Universidade de Michigan em 2003: a Universidade contou com o apoio de mais de 150 *amicus curiae*, os quais foram identificados como ONGs, empresas públicas e privadas, o que revela que as manifestações – os *briefs* – haviam sido produzidas pela elite das 500 maiores empresas dos Estados Unidos cotadas pela revista *Forbes*, as mais conceituadas Universidades e, ainda, organizações de direito civil, incluindo-se as de veteranos das Forças Armadas³⁷.

O *Black's Law Dictionary* (algo assim como Manual dos Advogados nos Estados Unidos) registra o seguinte verbete: **AMICUS CURIAE** [*Latin* 'friend of the Court'). *A person who is not a party to lawsuit but who petitions the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject. – Often shortened to amicus – Also termed friend of the court. Pl. amici curiae.*

Em tradução livre, tem-se: **AMICUS CURIAE**. [*Latim. "amigo da Corte"*]. *Uma pessoa que não é parte em um processo, mas cujas petições dirigidas à Corte (ou Tribunal) são consideradas em razão do forte interesse que tem na matéria sob julgamento. Expressão muitas vezes abreviada para amicus. Há também a denominação friend of the court (amigo da corte). Plural: amici curiae.*

À míngua de um conceito elaborado pela doutrina, mas com amparo nas contribuições de alguns autores sobre o assunto, divulgadas pela internet, pode-se elaborar um conceito da figura como forma análoga à intervenção de terceiros – na verdade um abrandamento à vedação que existia a ela nos processos objetivos de controle de constitucionalidade³⁸, diversa da tradicional, pois não fundada em interesse jurídico, como o exige a regra do art. 50 do CPC, bastando, para isso, na forma da expressão inglesa, ter um *strong interest*, um forte

interesse – ou um interesse relevante, como parece mais bem ajustado – aliado à relevância da matéria, sendo certo que esses inconvenientes têm representatividade para serem ouvidos em juízo, por contribuírem para alargar o espectro dos destinatários da decisão.

De modo mais singelo, pois, pode-se definir o *amicus curiae*, como uma forma análoga, abrandamento decorrente da pertinência temática³⁹, da intervenção de terceiro⁴⁰, própria do processo objetivo da jurisdição constitucional – em que se permite ouvir o destinatário da decisão a ser proferida – no caso, a sociedade tornando esse processo mais democrático e contribuindo para confirmá-lo como um processo objetivo⁴¹.

II – Recepção no Direito brasileiro

Os estudiosos têm assinalado que – muito embora a figura só tenha ingresado em nosso ordenamento jurídico, formalmente, com a Lei n. 9.868, de 10/11/1999, mais precisamente com a regra do art. 7º, § 2º, que soa: *o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgão ou entidades (grifos nossos) – já havia precedentes no próprio STF que faziam alusão à figura, como o que se deu com o julgamento do Agravo Regimental em Adin n. 784-5, de que foi relator o eminente Ministro Celso de Mello, em que o Pleno dessa Corte lhe confirmou decisão monocrática, assim ementada:*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. ATO JUDICIAL QUE DETERMINA JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS 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 terceiro. Precedentes.*

– *Simples juntada, por linha, de peças 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, tec-*

nicamente, hipótese de intervenção adcoadjuvan-tum.

– *Os despachos de mero expediente – como aqueles eu ordenam juntada por linha, de simples memorial descritivo – por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504).*

Importa ressaltar que a figura do *amicus curiae* está prevista, em ambas as leis, nas expressões “eventuais interessados” e “manifestação de outros órgãos e entidades”, postas em ressaltado na transcrição delas.

III – Natureza jurídica

Ainda que não se tenha formalizado o debate, penso que a nova figura não pode ser considerada como uma espécie de intervenção de terceiro, a exemplo da assistência. Não me parece – com as devidas vênias do prof. Edgard Silveira Bueno Filho – assistência qualificada. A intervenção de terceiro, como se viu acima, somente é possível quando um terceiro defende um interesse jurídico, que lhe afetará a esfera de atribuições. Ora, o processo constitucional de controle de constitucionalidade é um processo objetivo (cf. retro), em que não há partes, no sentido material (embora possa haver no sentido formal), pela simples e boa razão que o interesse perseguido nesse tipo de processo é o interesse de todos, de toda a comunidade, em que seja mantida íntegra a ordem normativa de acordo com o texto constitucional.

Por essa razão, a regra foi sempre a do descabimento de qualquer tipo de intervenção. A figura do *amicus curiae* não se apresenta como a de um terceiro que venha defender um interesse próprio. Pelo contrário, significa que são pessoas representativas da sociedade – sobretudo daquela parcela social que será atingida com a decisão a ser proferida –, daí a exigência de que a matéria a ser discutida seja relevante. Nesse sentido, aliás, o Ministro Milton Luiz Pereira, do STJ, reconheceu que o *amicus curiae* é um terceiro especial ou de natureza excepcional, não se confundindo com a assistência ou qualquer outra forma de intervenção de terceiros, prevista no Código de Processo Civil, já tendo a Corte de que faz parte – o STJ – admitido a intervenção de agências regu-

ladoras em processos intersubjetivos, na qualidade de terceiro especial (*amicus curiae*)⁴².

Penso, pois – como ressaltou o Prof. Gustavo Binembajm –, que o *amicus curiae* intervém no processo da ação direta, tal como disciplinado pela Lei n. 9.868/1999 e em processos semelhantes em que tal figura é, também, cabível, passando a integrar a relação processual na condição de *terceiro especial*.

Os requisitos de admissibilidade – matéria relevante e representatividade do *amicus curiae* – apontam para essa figura como o da participação da sociedade, para fazer-se ouvir em processo cuja decisão vai lhe atingir.

Por essas razões, entendo, também, ser cabível em outros processos que não apenas os de controle de constitucionalidade das leis, desde que se trate de uma decisão que vá se revestir de um caráter de generalidade – como forma de

A figura do amicus curiae não se apresenta como a de um terceiro que venha defender um interesse próprio. Pelo contrário, significa que são pessoas representativas da sociedade [...] daí a exigência de que a matéria a ser discutida seja relevante.

democratizar a decisão, no sentido mais genuíno de **processualizar** a decisão, fazendo com que o destinatário dela participe efetivamente, por participar do processo⁴³.

IV – Procedimento

A lei não disciplina, especificamente, o procedimento de intervenção do *amicus curiae*. Pode-se traçá-lo, porém, com base nos dispositivos legais e nas contribuições doutrinárias existentes.

No caso específico dessa intervenção nas ações de controle de constitucionalidade regidas pela Lei n. 9.868/99, o § 2º do art. 7º define ser uma faculdade do relator. Realmente, o dispositivo soa [...] *O relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.* Ocorre, porém, que o parágrafo anterior (§ 1º), que fixava o prazo de 30 dias para os demais legitimados para ação na forma do art. 103 da CF/88 se manifestarem por escrito sobre o objeto da ação, foi vetado. Em interpretação procedida pelo Prof. Gustavo Binembajm tem-se que a oportunidade processual para a admissão do *amicus curiae*, nos termos do art. 7º, § 2º é a qualquer tempo, sendo de 30 dias o prazo para apresentar a respectiva manifestação, depois que for admitida a sua participação pelo relator.

Antonio do Passo Cabral assinalou, porém, que o STF e o STJ [...] *têm entendido, em nosso sentir com razão, que a intervenção do amicus curiae poderá ocorrer durante a instrução processual, não sendo admissível depois de iniciado o julgamento.* (CABRAL, 2003, p. 138).

Esse é o entendimento seguido pelo próprio STF, como se colhe do que foi decidido nos autos da Adin n. 2.238, que teve como relator o então Ministro Ilmar Galvão, como se lê no Informativo STF n. 267: *Considerou-se que a manifestação*

do amicus curiae é para efeito de instrução sendo possível admiti-la quando em curso o julgamento. (BINEMBOJM, 2005. p. 12-13)

Acrescente-se, mais, que se tem entendido que essa intervenção não se limita, tão somente, à apresentação dos memoriais – que nada têm a ver com os memoriais que as partes distribuem aos julgadores antes do julgamento dos recursos – pois tem o sentido de registrar a participação do *amicus curiae*, da forma com que atua no processo, inclui, também, a sustentação oral, como reconhecido pelo Min. do STF Celso de Mello, *verbis*: [...] *entendo que a atuação processual do amicus curiae não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou a prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.*

Essa visão do problema – **que restringisse** a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria uma incompreensível **perspectiva reducionista**, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, **sob pena de frustração** dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador **na positividade** da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. **Cumpra permitir**, desse modo, ao *amicus curiae*, com extensão maior, o exercício de **determinados** poderes processuais, como aquela consistente no direito de proceder a sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa⁴⁴.

Com lastro nessas informações, observo que o procedimento da intervenção do *amicus curiae* contempla, notadamente nos processos de controle de constitucionalidade concentrado/abstrato, os seguintes elementos, como fases do procedimento:

1. Requerimento dos eventuais interessados – ou outros órgãos ou entidades;
2. Decisão irrecorrível do relator do processo, admitindo ou não o ingresso do *amicus curiae*. Para essa decisão examinará, basicamente, a relevância da matéria e a representatividade de quem se apresenta como *amicus curiae*;
3. Momento da intervenção que se admite até a fase instrutória do processo, considerando-se – em respeito aos processos de controle de constitucionalidade – que ela se dê no prazo de 30 dias, contados da decisão que deferiu a intervenção;
4. Possibilidade de o *amicus curiae* apresentar razões escritas, inclusive com sustentação oral;
5. Julgamento final do feito pelo tribunal competente, na forma prevista no respectivo Regimento.

5 CONCLUSÃO

É tempo de concluir. Após as investigações realizadas, é lícito concluir que, na interseção dos planos do Direito Constitucional e do Direito Processual, nasceu uma nova disciplina, o Direito Processual Constitucional, que se rege pelos Princípios do Direito Processual e do Direito Constitucional, com institutos próprios destas matérias, que, no entanto, não predominam em cada uma delas, mas apenas na novel disciplina. Trata-se, pois, de matéria nova e mista.

No campo de atuação específica dessa nova disciplina, ressaltam os princípios constitucionais gerais aplicáveis ao pro-

cesso como um todo – administrativo, legislativo, jurisdicional, tanto civil como penal – no sentido de conjunto de atos que torna possível o exercício do poder em suas várias formas, para o atingimento de seus fins e, além disso, a disciplina própria de atuação da jurisdição constitucional na defesa da Constituição, quando se desenvolver um controle de constitucionalidade das normas e dos atos públicos, além de várias outras matérias aqui não mencionadas.

Essas breves considerações foram traçadas, tão somente, em busca da apreciação da verdadeira definição dessa fascinante disciplina, examinando-se ainda, de modo sumário, os princípios constitucionais do processo e a disciplina do processo jurisdicional destinado ao controle de constitucionalidade das normas.

NOTAS

- 1 A esse respeito, Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2005), em obra já na 3ª edição, denominada *Direito Processual Constitucional*, registra o fracionamento que é feito, em parte da doutrina, entre o Direito Processual Constitucional, que teria por objeto exclusivamente a matéria objeto da jurisdição constitucional enquanto o Direito Constitucional Processual versaria o estudo dos princípios e institutos constitucionais, para, ao depois, desferir vigorosa crítica a esse entendimento, por não se fundar em nenhuma base metodológica segura nem apresentar nenhum interesse prático, para o que cita a obra de Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 17, n. 15). Nesse sentido, Ivo Dantas (2006) procede a um excelente resumo dessa dicotomia, com transcrição de escólios de Domingo Garcia Belaunde, na Colômbia; Jose Alfredo Baracho, no Brasil; Elvito A Rodriguez, no Peru; Nestor Pedro Saquês, na Argentina; bem como, ainda no Brasil, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, em clássica obra coletiva, José Frederico Marques e José de Albuquerque Rocha, além do próprio Paulo Bonavides, que, em obra já citada neste trabalho, ao cabo das transcrições, aparentemente concorda com a observação de J. J. Gomes Canotilho, para quem não se deve confundir uma disciplina – Direito Constitucional Processual – com outra – Direito Processual Constitucional –, pois ambas têm objetos diferentes, com a afirmação de que o Direito Constitucional Judicial (denominação que prefere a Processual) é disciplina [...] *constituída pelo conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional, as tarefas, o status dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais*. (CANOTILHO, 2000, p. 957).
- 2 Cf. PODETTI (1944, p. 115). Por estarmos e continuarmos convencidos da correção desse entendimento, basicamente de que nenhuma noção jurisdição + ação + processo pode ser examinada nem disciplinada isoladamente, sem o concurso das demais, em face da intrínseca implicação que mantinham entre si, lastreamos nele a análise que fizemos do processo civil brasileiro em nossa modesta obra inaugural *Jurisdição, ação (Defesa) e Processo*, editada pela dialética, 1997, cuja obra, com o mesmo embasamento, fora reeditada em 2007, já agora pela Ed. Método e sob outro nome: *Teoria Geral do Processo (Jurisdição, ação (Defesa) e Processo*.
- 3 Como se sabe, esse enquadramento obsoleto do fenômeno processual foi adotado, entre nós, pelo grande processualista José Frederico Marques (1986, p. 10) como já se referiu em nossa modesta obra (DANTAS, Francisco W. Lacerda, 1997a, p. 396, n. 3). Nesse sentido, Hans Kelsen já havia observado que [...] *uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda norma que pertence a este sistema ser determinada por outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental* (1985, p. 252) com o que o processo é encarado, na visão contemporânea, como uma técnica de criação de normas, em que se pode identificar o processo legislativo, que diz respeito ao corpo de normas preestabelecido para o processo de criação das leis – norma geral e abstrata por excelência – e dos demais processos para a criação de normas individuais, como o *processo negocial*, que visa à criação do contrato; o *processo administrativo*, que visa à criação do ato administrativo; e o *processo judicial*, que busca a criação da sentença. (KELSEN, 1985, p. 397-398).
- 4 Sabido que o *processo negocial* decorre do princípio *pacta sunt servanda*, pois, como havia observado o mesmo Hans Kelsen, o contrato é uma norma individual que resulta da vontade das partes. (KELSEN, 1985, p. 276).
- 5 O escólio de Kant foi referido por A. Menezes Cordeiro (1996, p. 64), na excelente introdução que fizera da obra de Claus Williem Canaris *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* à edição portuguesa, publicada pela Fundação Calouste Gulbenkian.
- 6 O conceito completo, formulado por Celso Antônio Bandeira de Melo é: princípio e mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Acrescentando, em seguida: *É o conhecimento dos princípios que preside o intelecto das diferentes partes componentes do todo unitário que dá por nome sistema jurídico positivo. O acréscimo posto em resalto revela a importância dos princípios para a compreensão do sistema jurídico, como defendido no texto*. (BANDEIRA DE MELO, 1993, p. 408-409).
- 7 Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes observa, ao apreciar o tema dos direitos fundamentais em respeito a estrangeiros: *Há, portanto, direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são considerados emanções necessárias do princípio da dignidade humana* (Grifos nossos). (MENDES, 2008, p. 273).
- 8 Cândido Rangel Dinamarco acentua, com precisão, que *O tema de distinção entre meros interesses w direitos subjetivos é muito versado nos países em que existe o contencioso administrativo, porque ali a justiça administrativa é competente para decidir sobre esses interesses, ficando os direitos subjetivos a cargo dos juízes integrantes do Poder Judiciário, ou da magistratura. No Brasil, em que vige o sistema da jurisdição una, a garantia constitucional do controle jurisdicional abrange uns e outros porque, com contrário, o titular de meros interesses ficaria desprovido de qualquer tutela jurisdicional relativamente a estes – o que não ocorre lá onde existe o contencioso administrativo*. (DINAMARCO, 2004, p. 23). Nesse sentido, também Enrico Tullio Liebman (1984, p. 23, v. 1).
- 9 Muito embora ainda haja certa discussão em respeito à existência ou não do princípio do promotor natural, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas deu notável contribuição no sentido de afirmá-lo. (DANTAS, 2004, p. 97)
- 10 Nesse sentido, José de Albuquerque Rocha observa que os entes favorecidos no *caput* do art. 188 do CPC não podem estar em pé de igualdade substancial com o particular, em razão do interesse público que encarnam, daí porque se observa, com propriedade: *“Comprovado que Estado e sujeitos privados são diferentes, seja quanto à estrutura, seja quanto à função, o passo seguinte é ver qual a finalidade a que servem os instrumentos jurídicos colocados à disposição do Estado no processo, e que constituem o objeto do tratamento desigual de que se beneficia, relativamente às partes privadas. Ou seja, trata-se de investigar qual a finalidade dos benefícios concedidos ao Estado em juízo. Depois de tudo quanto foi dito sobre as atividades do Estado, evidentemente, não há a menor dificuldade em identificar a finalidade do tratamento desigual que lhe é outorgado em juízo: sucintamente, podemos dizer que a finalidade do tratamento normativo desigual dispensado ao Estado em juízo é a realização (Grifo do original) dos interesses públicos que lhe incumbe promover, no processo e fora dele, por expresse mandamento constitucional. Quer dizer, o trato normativo desigual dispensado ao Estado é um instrumento que lhe é atribuído para que possa realizar (grifo do original) o interesse público de que é portador o defensor”*. (ROCHA, 1995, p. 172)
- 11 Nesse sentido, Frederico Marques faz alusão ao art. 458, III do CPC – *o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem* – para explicar que elas se apresentam como *capítulos da sentença*, que define como questões preliminares que o juiz deve apreciar a fim de decidir sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional, assim como as preliminares de mérito, as questões prejudiciais, e cada um dos pedidos cumulados em *simultaneous process*. Cândido Dinamarco prefere considerar os *capítulos da sentença* como “unidades autônomas do decisório da sentença”. (DINAMARCO, 2002, p. 35). Impõe-se considerar, pois, que havendo sido respeitado o contraditório, os argumentos e provas trazidos pelas partes deverão ser apreciados como unidade autônoma, sendo que não haveria contraditório.
- 12 Escreveu, precisamente: [...] *il “processo” è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittori, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività*. (FAZZALARI, 1996, p. 82)
- 13 Basta observar que o art. 213 do CPC define citação, no processo de conhecimento, como

o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender, enquanto, no processo de execução e no mesmo CPC, a citação é definida, no art. 652 do CPC, no sentido de que o devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens á penhora. Como se vê, a citação não se destina a provocar o contraditório.

- 14 Refiro-me à obra de Teoria Albino Zavascky (2006) e de Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 88), entre outras obras.
- 15 Para o que cita Comoglio (1970, p. 142). Cf. (GRINOVER, 1990, p. 7)
- 16 A afirmação é de Cândido Dinamarco (2004, p. 216). Penso, no entanto, com todo respeito ao eminente processualista, que cabe uma restrição técnica em respeito ao pedido porque, no processo de conhecimento, somente o autor pede e o réu resiste, não formulando, tecnicamente, nenhum pedido, exceto quando se torna autor, na reconvenção ou nas chamadas ações dúplices. No processo de conhecimento, como se sabe, onde se discute a procedência de uma pretensão, que lhe constitui o mérito, somente o autor exercita a pretensão, o réu somente resiste a ela. O autor pede, o réu não pede, ainda que ambos postulem a mesma coisa: uma prestação jurisdicional justa. Tem-se, então, que o réu, tecnicamente, não pede nada. O réu requer.
- 17 O dispositivo era assim expresso: *Para julgar as Causas em segunda e última instância haverá nas províncias do Império as Relações, que forem necessárias para commodidade dos Povos.* (Manteve-se a grafia da época). (CAMPANHOLE, 1998, p. 829).
- 18 Como se sabe, a doutrina se esforça por estabelecer um discrimen entre os princípios e as garantias processuais. Ronnie Press Duarte, por exemplo, procede a um excelente resumo a respeito, ao esclarecer que o vocábulo princípio, na acepção liberal, não revela nenhuma força vinculante, tendo Canaris observado que “Os princípios necessitam, antes, ser ‘normativamente consolidados’ ou ‘normalizados’ (para que cita a obra *System denken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, traduzida ao vernáculo por Antonio Menezes Cordeiro, também citada neste trabalho), pelo que [...] não fazem nascer, na esfera jurídica de qualquer sujeito direito subjetivo algum”, enquanto “o emprego do termo ‘garantia’ traz consigo uma dimensão subjetiva própria, a qual não é passível de verificação nos princípios constitucionais em sentido estrito. (DUARTE, 2007, p. 90-91).
- 19 Cf. Nelson Nery Júnior (2004, p. 28). Nesse sentido, Ivo Dantas (2006, p. 165).
- 20 A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover já havia feito referência, na justificativa que apresentara à “Proposta à Constituinte: Princípios Fundamentais e Declarações de Direito: “*Nas garantias do ‘devido processo legal’*”, cuidou-se de transpor para o texto constitucional os princípios que a doutrina e a jurisprudência construíram à luz das Constituições anteriores (Grifo nosso). O referido trabalho se encontra inserto em Grinover (1990, p. 391).
- 21 Cf. Velloso (2009, p. 49). Esse autor faz remissão a diversas obras de muitos outros autores, na nota 2 ao pé desta página: Vigoritti, Vincenzo, *Garanzie del processo civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè, Ed. 1973; SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Forense, 1990; BARACHO, José Alfredo de oliveira. *Processo Constitucional*, Forense; ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, RT; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*, p. 31-99. *Temas do Direito Processual*, Saraiva, 1994; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A Interpretação dos Direitos Fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no supremo Tribunal Federal, Jurisdição Constitucional dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, 2003; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). *O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional*, nesta última obra citada.
- 22 Os acréscimos, à guisa de comentários procedidos entre parênteses, são meus. Observo que a segunda série de princípios também insitos à cláusula geral do *due process of law* no direito americano não guarda correspondência com o direito brasileiro porque, como se sabe, ali há a predominância do processo oral, com a indispensável participação do júri, entre nós restrito apenas aos processos penais dos crimes dolosos contra a vida. (NERY JR., 2004, p. 68-69).
- 23 Ivo Dantas, por exemplo, dedica o item 2 do Capítulo 3 – *Da Justiça Constitucional e seus principais Modelos* – do item *A Justiça Constitucional e o Controle da Constitucionalidade* ao tema, por reconhecer que “a questão (controle de constitucionalidade, observo) encontra-se intimamente ligada à existência da denominada *Justiça Constitucional* (grifo no original), instituição que, apesar de sua crescente consagração no constitucionalismo contemporâneo, não se encontra isenta de problemas de ordem teórica e prática, até porque, e apesar do reconhecimento generalizado de que existe a necessidade da *Defesa da Constituição*, o modo como esta é realizado, varia de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, cada

um dos quais criando seus mecanismos próprios”. (DANTAS, Ivo, 2006, p. 256, v. 1).

- 24 Gilmar Ferreira Mendes reconhece que o constitucionalismo moderno se esforça no sentido de positivar o Direito Natural. (1990, p. 105).
- 25 Nesse sentido, Jorge de Miranda (1996a, p. 362). Como se reconhece, resulta do clássico pronunciamento do *Chief of Justice* John Marshall, quando, em 1803, sob a égide do art. 6º, cláusula 2ª da Constituição Federal americana de 1787, proclamou, no célebre caso *Marbury/Madison*: *principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.* (CAPPELLETTI, 1984, p. 63).
- 26 Mauro Cappelletti refere-se a esses inconvenientes ao assinalar que a introdução do sistema difuso em países sem essa tradição [...] *levaria à consequência de uma mesma lei ou disposição de lei poderia não se aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juizes, enquanto poderia, ao invés ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros, insistindo que esse comportamento forma verdadeiros contrastes de tendências*, para concluir com a observação de que *a consequência extremamente perigosa, de tudo isso, poderia ser uma grave situação de conflito entre os órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado.* (CAPPELLETTI, 1984, p. 77-78)
- 27 Como bem resumido por Mauro Cappelletti (1972, p. 12).
- 28 Cf. Sérgio Porto (2000, p. 373). O autor menciona como partícipes desse entendimento Nelson e Rosa Andrade Nery, *CPC Comentado*, p. 937; Pontes de Miranda, *Comentários ao CPC*, tomo VI, p. 84, Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, 2003, p. 328.
- 29 Embora o sistema do controle difuso produza efeitos apenas entre as partes, Gilmar Ferreira Mendes sustenta que a suspensão da execução da lei pelo Senado (cf. art 52, X, da CF/88), como também a demora na apreciação definitiva dessa questão pelo STF, reclamam uma superação nessa disciplina, como se lê na obra, tantas vezes citada (MENDES, 2008, p. 1092). Sustenta mesmo, tanto em voto que proferiu como em artigo que fez publicar, que não há necessidade de esperar-se que o Senado Federal suspenda a execução da lei para que ela produza efeitos *erga omnes* porque argumenta que o STF vem fazendo uma releitura do referido art. 52, X, da CF/88, no sentido de haver-se tornado dispensável esse ato de suspensão. Cf. Mendes (2004, p. 149-168, p. 165). Nada obstante a autoridade de quem defende essa modificação, penso, como apoio em alguns votos dos ministros do STF que não acompanharam esse voto, que essa releitura não pode ser feita, validamente, a menos que se modifique o texto constitucional e que o país abandone, de vez, o sistema da civil *law*, que sempre seguiu.
- 30 Acrescento, ainda, que, no exemplo supramencionado, se deixou também a função social do processo civil que Eduardo Cambi (2009), em excelente artigo com fundamento em vários autores, afirma, de modo contundente: *A dogmática processual, se não quiser converter-se em abstração vazia, deve servir de método para que o direito se concretize na justiça.* (Grifo original)
- 31 André Ramos Tavares (2005, p. 392 e ss.) observou que o processo constitucional, notadamente o processo constitucional de controle de constitucionalidade, passou a ser admitido a partir do fim do século XIX para ressaltar que se tratava de um processo que não servia para defesa de um direito subjetivo, tendo-se construído essa expressão para ressaltar o distanciamento desse processo (o constitucional, considerado objetivo) daquelas regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos de interesses, do tipo clássico. O autor fundamenta as observações nas obras de muitos autores.
- 32 Como observou Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 251), trata-se de um processo objetivo, sem partes, no sentido material, porque “constitui processo que não tem outro escopo, senão o de defesa da ordem fundamental contra atos com ela incompatíveis”.
- 33 Como observa, com precisão, Luís Roberto Barroso (2004, p. 119 e ss.).
- 34 Na obra de Luís Roberto Barroso (2004, p. 129 e ss.), de cuja síntese nos valem, há estudo minudente sobre cada uma das hipóteses referidas no texto.
- 35 Cf. Pontes de Miranda (1998, p. 268). No mesmo sentido, Jorge Miranda assinala que os centros de formação da vontade, nas pessoas coletivas (pessoas jurídicas) são criados por lei e, como estas não têm existência própria, são atribuídas a certas pessoas físicas a função de preencherem esses órgãos em concreto e de agirem como se fosse a própria pessoa jurídica a agir. Desse modo, a vontade que essas pessoas físicas formem – uma vontade psicológica, como outra qualquer – e tida como a vontade da pessoa jurídica e qualquer ato que pratiquem a ela (pessoa jurídica) é atribuída. Nisso – segundo o autor – consiste o fenômeno da imputação, observando que não há dualidade de pessoas (a pessoa jurídica e titular dos direitos e a pessoa que os exerce) como na representação, legal ou voluntária, mas uma unidade: a pessoa jurídica, que exerce o seu direito ou prossegue o seu

- interesse, mediante pessoas físicas que formam a vontade, que são suporte ou titulares dos órgãos. (MIRANDA, Jorge, 1990, p. 46-47).
- 36 O que bem revela o caráter de prejudicialidade constitucional dessa ação, quando proposta em respeito a questões pendentes de julgamento, inclusive possíveis decisões concessivas ou não de liminares. Nesse caso, a questão prejudicial que é levada ao STF por intermédio da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental volta de lá com a decisão, com eficácia *erga omnes* e a natureza de ponto prejudicial sobre essa noção, cf. (DANTAS, Francisco W. Lacerda, 1997, p. 188). Nos sistemas de controle concentrado – como o da Itália –, a provocação para apreciação da prejudicialidade de constitucionalidade é feita pelo próprio juízo. Cappelletti acentua: *Il carattere necessario della sospensione del processo per pregiudizialità costituzionale, carattere che some s'e visto non e escluso dalla caratterisica esaminata al paragrafo precedente. sub a, non é escluso nemmeno dal potere-dovere del giudice civile (penale o amministrativo) di giudicare della 'rilevanza' della norma di legge della cui legittimità costituzionale se discute nè (come vedremo nei prossimi paragrafi) da quello di giudicare della eventuale 'manifesta infondatezza' della questione di inconstituzionalità[...]*. Esse autor observa que, no ordenamento jurídico italiano, cessa a suspensão do processo desde o momento em que seja pronunciada na instrução a sentença que resolve a questão (*sentenza di proscioglimento*) não mais sujeita à impugnação. (CAPPELLETTI, 1972, p. 101, p. 213-214).
- 37 Cf. Luiz Fernando Martins da Silva, *Anotações sobre o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional*, Jus Navigandi – <<http://www1.jus.com.Br/doutrina/textoasp?id=6358>>, p. 2-6. O autor registrou, na nota 11, que a decisão havia sido apertadíssima: 5 votos a favor e quatro contra. Os juizes da Suprema Corte americana concluíram que a universidade de Michigan poderia levar em consideração a raça dos candidatos de minorias étnicas no processo de admissão de pós-graduação da sua Escola de Direito.
- 38 Como o reconheceu o Prof. Gustavo Binembomj (2005, p. 3).
- 39 O Prof. Gustavo Binembomj (2005, p. 2, n. 3) explicou que, embora a Constituição não o preveja, [...] o STF construiu, ao longo dos últimos anos, uma robusta jurisprudência erigindo a **pertinência temática** como condição específica para que determinados órgãos e entidades se habilitem a manejar a ação direta de inconstitucionalidade. Tal condição consiste na relação de pertinência que deve existir entre os fins institucionais e atribuições do órgão ou entidade e o conteúdo do ato normativo impugnado por meio da ação direta.
- 40 A doutrina, em geral, repele que se trate de uma forma de intervenção de terceiro. O prof. Edgard Silveira Bueno Filho (2002, p. 8), porém, afirma que o *amicus curiae* é uma forma qualificada de assistência. Como se tem a assistência como uma forma de intervenção de terceiros, é lícito concluir que se trata de uma forma acabada de intervenção. Prefiro, porém, conceber o novo instituto como forma análoga à intervenção, um arbrandamento à proibição dela no processo objetivo de controle de constitucionalidade, por não se ajustar essa figura à exigência do art. 50 do CPC.

- 41 Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (1990) averbou: *a prática americana do amicus curiae brief permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo do controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) no qual assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades*.
- 42 Cf. Prof. Gustavo Binembomj, com remissão, no particular, a Adin n. 2238, Relator o Min. Ilmar Galvão, indicando como fonte o Informativo STF n. 267, Milton Luiz Pereira, no artigo *Amicus Curiae – intervenção de terceiros*, publicado na *Revista de Informação Legislativa* n. 156, ano 39, out./dez. 2002, p. 9.111 e o Agravo Regimental na Petição n. 1.6621/PE, Corte Especial j. 2/5/2002; Agravo Regimental no REsp n. 326.097/CE, Rei. Min. Milton Luiz Pereira, j. 2/5/2002
- 43 Como refere Ovidio A. Baptista da Silva, ao esclarecer que, na concepção moderna de governo democrático, se tem como a de um governo participativo, em que – em suas palavras – *nos países mais evoluídos, o próprio ato administrativo se “processualiza” através do estabelecimento de um contraditório prévio entre as “partes interessadas em sua produção”*. Insista-se o *amicus curiae* não intervém como interesse jurídico, próprio, mas como colaborador eventual, para tornar mais democrático o processo judicial e político do controle de constitucionalidade, embora não sejam considerados como parte interveniente nem com intervenção meramente assistencial.
- 44 Grifos do original. Cf. voto proferido na Adin n. 2.777. São Paulo. Disponível em: <<http://lfconjur.uol.com.br/tcroosl23254>>, transcrito pelo Prof. Gustavo Binembomj (2005, p. 16).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERNARDES, Juliano Taveira. In: *Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental*. Op. cit., p. 3. Revista Jurídica Virtual, Brasília, n. 8, jan. 2000.
- BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 1, p. 1-22, jan./fev./mar. de 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de constitucionalidade*. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 14, jun./ago. 2002, p. 8.
- CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 234, p. 138, out./dez. 2003.
- CAMBI, Eduardo. *Função social do processo civil*. Revista Tutela Jurisdicional, Salvador: Podium, 2009.
- CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições brasileiras*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito cons-*

- titucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 113-170
- CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução ao vernáculo de Aroldo Plínio Gonçalves e revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1984.
- _____. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Milano: A. Giuffrè, 1972.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2. edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman. v. 1.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação, defesa e processo*. São Paulo: Dialética, 1997.
- _____. *Teoria geral do processo: jurisdição, ação, defesa e processo*. São Paulo: Método, 1997a.
- DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Princípio do promotor natural*. Salvador: JusPodium, 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Podivm, 2006. v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Capítulos da sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993a.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev., atual. e com remissões do novo Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.
- FAVOREAU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Tradução de Vicente Vilacampa. Barcelona: Ariel, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual civil*. 29. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: C. Bastos, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução ao vernáculo de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.
- MACGREGOR, Eduardo Ferrer. *Justicia constitucional y derecho procesal constitucional. ¿Convergencia ou convivência?* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, 2008. p. 331-351.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- MEDAUAR, Odete. *Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito proces-*

- sua constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1990.
- _____. ; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- _____. *Funções, órgãos e actos do estado*. Apontamentos de lições do prof. Jorge Miranda. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- _____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. t.2. Coimbra: Coimbra ed, 1996a. MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Boockseller, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. (Tese de concurso para docência livre de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro).
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PACHECO, José da Silva. *Curso de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PODETTI, Ramiro. I. Trilogia estrutural de la ciência del proceso civil. *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, a. 2, 1944.
- PORTO, Sérgio. Comentários ao Código Penal Civil. SILVA, Ovídio A. Baptista da (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.
- PORTUGAL. *Ordenações Filipinas* (ou Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal). Livros II e III. (Rep. fac símile da ed de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro: Instituto Philomathico, 1870) . Lisboa:1985.
- PRAELI, Francisco José Eguiguren. *Los tribunales constitucionales en la Región andina: una visión comparativa*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Peru, Peru, n. 53, dez. 2000. p. 7-64.
- RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e retroatividade das decisões do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2001.
- ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário.*, São Paulo: Malheiros, 1995.
- SICHES, Recansés. *Tratado general de filosofía del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1981.
- SILVA, José Afonso da. *Jurisdição constitucional das liberdades. Ação popular, ação civil pública, mandado de segurança*. Apostila do Curso de Especialização em Direito Processual Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) em convênio com a Universidade de Brasília (UNB), 1996.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Devido processo legal e acesso à justiça. *Revista Prática Jurídica*, Brasília, a. 8, n. 83, fev. 2009.
- ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Artigo recebido em 28/4/2010.

Artigo aprovado em 3/8/2010.

Francisco Wildo Lacerda Dantas é desembargador federal do TRF da 5ª Região.