

O PAPEL DAS CORTES SUPERIORES

Jorge Amaury Maia Nunes

Doutor em Direito pela Faculdade do Largo de São Francisco.
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
Ex-Presidente e fundador da Associação Brasiliense de Processo Civil.
Ex-Consultor Jurídico do Ministério do Desenvolvimento e Comércio Exterior.
Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

I. OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

O intuito do presente estudo é o exame do papel das chamadas cortes superiores, sua função, seus limites, seus percalços. Intentaremos fixar uma taxionomia a respeito dessas cortes, estudando, para tanto e o quanto for possível, consideradas as naturais limitações de espaço, algumas funções de cortes similares que estejam ou tenham estado em atuação em países cujo Direito seja mais ou menos expressivo (sob a nossa perspectiva, é claro) no chamado mundo ocidental.

De plano, convém traçar uma linha diretiva que tem a missão de esclarecer que há ordenamentos jurídico-políticos muito díspares, uns com jurisdição dual¹², outros com jurisdição una, e ainda os com sistemas de controle de constitucionalidade eminentemente político, outros com órgãos de controle encartados na estrutura do Poder Judiciário (e isso será objeto de aguda investigação), outros com tribunais judiciais de controle de convencionalidade e legalidade, considerados, aqui, como tais, tanto os órgãos pura cassação quanto aqueles mistos, que realizam a cassação e a revisão das decisões advindas das chamadas instâncias ordinárias.

Como, no caso, o nosso parâmetro (mas não o objeto) de estudo é o Direito brasileiro, parece certo alinhar previamente a ideia de que se criou, no nosso ordenamento jurídico, uma espécie de divisão de competência funcional entre dois

¹ Fica o registro de que não se comporta, no âmbito deste trabalho, o exame da competência dos tribunais administrativos existentes nos países de jurisdição dual, ainda que possam e devam ser considerados como cortes superiores, como é o caso, por exemplo, do Conselho de Estado da França e de seus símiles de Portugal, da Itália e da Alemanha.

²² Preferimos deixar de fora o exame das cortes de convencionalidade, que exigiriam um detalhamento maior, principalmente em decorrência da necessidade de uma releitura aguda do conceito de soberania, tarefa que não se comporta nos limites deste trabalho.

órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Convém, entretanto, traçar o cenário teórico em que se estabelecem ou podem se estabelecer as cortes superiores de outras estruturas políticas soberanas, sendo certo que a forma constitucionalmente estabelecida para cada uma dessas soberanias influirá decisivamente no papel fixado para suas respectivas cortes. Assim, como já dito, e apenas a título de exemplificação, pode ocorrer a existência de países de jurisdição una e países de jurisdição dual, em que, ao lado da jurisdição comum, estabelece-se outra jurisdição chamada administrativa. Claro que outras escolhas do legislador constituinte, decorrentes da história de formação e de vida de cada um desses povos soberanos podem influir e influem, decisivamente, na conformação do chamado pacto político.

Daí, é possível verificar, pelo exame das diversas constituições, a estruturação de órgãos, ora encartados em algum segmento dos poderes tradicionais, ora fora dessa estrutura, que controlam somente a legalidade, somente a constitucionalidade, somente a convencionalidade, e assim sucessivamente.

Dada a absoluta pletora de possibilidades, e para fins de sistematização, parece conveniente estudar o papel das cortes superiores com base em uma cisão entre aquelas que controlam a constitucionalidade e as que controlam a legalidade. É um sistema simples e facilmente aferível.

Dentre as que controlam a constitucionalidade, é usual o entendimento de que esse controle ou é político ou é jurisdicional, podendo ser concebido um misto dos dois sistemas.

Para fins ainda de entendimento da sistematização proposta, registre-se que, controle político tem sido entendido como aquele que é exercido por “entidade com missão exclusiva, ou principal, de verificar se os diversos atos das autoridades estão de acordo com a constituição.”³A concepção desse modelo remonta ao pensamento de SIEYÈS, que firmou a ideia de um *Jurie Constitutionnaire* para a constituição francesa, papel esse que foi exercido pelo Senado Conservador nas constituições de 1799 e 1852.

³ Pinto Ferreira, Princípio da Supremacia da Constituição e Controle de Constitucionalidade, *in*, RDP, pp. 20/21.

Na história do chamado controle político de constitucionalidade, esse poder de controle já foi deferido ao próprio poder legislativo⁴. Na Europa do século XX, são exemplos disso o *Presidium* do *Soviet* Supremo, o Comité Constitucional previsto na constituição francesa de 1946 e Conselho Constitucional da constituição de 1958.

Na África, a Constituição de Angola de 1980 previa, no art. 37, que trata da Assembleia do Povo — órgão que aprova, modifica e revoga as leis — o poder de velar pela constitucionalidade das leis e demais disposições legais e exercer o controle geral sobre o cumprimento da lei constitucional.

Em Cabo Verde, a Lei nº 2, de 12 de fevereiro de 1981, procedeu à revisão da Constituição daquele país e estabeleceu, no seu art. 58, a competência da Assembleia Nacional popular para “decidir da constitucionalidade das leis e de demais diplomas legislativos.”.

Na Hungria, a Constituição de 1949, com as modificações da Lei nº I, de 1972 e de 1975, e na Bulgária, a Constituição de 1971, havia a previsão formal de controle de constitucionalidade pelas respectivas Assembleias Nacionais. Na constituição da Polônia, de 1952, estava prevista a estrutura de um Tribunal Constitucional, mas as decisões dele emanadas deveriam ser examinadas pela Dieta (art. 33^a 1 e 2), que era, na conformidade daquela constituição, além de órgão supremo do poder estatal, o próprio poder legiferante (art. 20).

Além dessa atividade de controle exercida pelo parlamento de diversos países, há outra modalidade de controle exercido por órgãos especialmente criados para esse fim e que não se encartam em nenhuma estrutura relativa aos três poderes tradicionais (executivo, legislativo e judiciário), e que parece ser a tendência atual. Na Europa contemporânea, tem sido usual a criação de cortes constitucionais, cuja atividade preponderante é o controle de constitucionalidade das leis. Esses órgãos especiais — que, reitera-se, estão alocados fora do âmbito do Judiciário — têm a incumbência, no limite da função, de exercer uma espécie de papel do poder moderador, concebido por Benjamin Constant.

⁴ Até mesmo o art. 15, IX, da nossa Constituição do Império parece sugerir essa possibilidade, ainda quando não se tenha notícia de que haja efetivamente ocorrido.

A existência dessas cortes constitucionais induz a permitir a classificação dos ordenamentos que as possuem dentre aqueles que privilegiam o controle político de constitucionalidade em sentido amplo. Quadra consignar que esse não parece ser o entendimento de MAURO CAPPELLETTI⁵ que, no atilado exame realizado sobre o tema, no âmbito do direito comparado, optou por enquadrar esses ordenamentos no rol dos que exercem o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

A necessidade da divergência se impõe e a questão não é meramente acadêmica, nem bizantina. Deveras, não parece que a inserção topológica dos tribunais na estrutura de qualquer um dos poderes deva ser fator a ser considerado para classificar um controle de constitucionalidade como político ou como jurisdicional. Muito mais razoável seria perscrutar a natureza da atividade de controle exercida, perceber seus elementos constitutivos, decompô-los e, então, verificar se o mister assim exercido pode ser enquadrado como jurisdicional ou não.

II. CORTES QUE EXERCEM CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE

Não obstante o que acaba de ser afirmado, e apenas para efeitos taxinômicos (*taxis + nomos*), no curso do presente artigo, será admitido como político em sentido amplo o controle de constitucionalidade exercido por cortes constitucionais que se insiram fora da estrutura do Poder Judiciário e como jurisdicional o controle exercido por cortes constitucionais que, ao revés, se enquadrem formalmente naquela estrutura. Reafirme-se, isso está dito apenas para efeito classificatório porque, segundo o entendimento que é esposado no presente artigo, a atividade desenvolvida por essas cortes no controle *in abstracto* de constitucionalidade, qualquer que seja sua situação topológica, será sempre marcadamente política e nada jurisdicional, ou somente jurisdicional na forma.

Com base na premissa acima fixada, possuem cortes constitucionais que exercem controle político em sentido amplo, a Espanha, constituição de 1976, art. 159 e seguintes; a Áustria, art. 137 do texto fundamental de 1929, reafirmado pela Lei

⁵ O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984, *passim*.

Constitucional de 1º de maio de 1945; a Itália, art. 134 e segs. da Constituição de 1947; a Coreia, art. 111 da Constituição de 1948; o Suriname, art. 144 da Constituição de 1987; Portugal, art. 221 e seguintes da Constituição de 1976, com a Emenda de Revisão de 2005.

Esse controle político tanto como ser exercido preventivamente como *a posteriori*.

Como modalidade de controle preventivo, a doutrina aponta, por exemplo, o veto por inconstitucionalidade, exercido na França, previsto no art. 61 da Constituição de 1958, *in litteris*:

Art.61. As leis orgânicas, antes e sua promulgação, os regulamentos das Assembleias parlamentares, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional que se pronunciará sobre a conformidade destes com a Constituição.”

Para os mesmos fins, as leis poderão ser deferidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembleia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores”

Controle político repressivo, ou *a posteriori*, é tanto o exercido pelas assembleias legiferantes a que nos reportamos no breve exame feito a respeito do Direito comparado, e ao qual denominamos controle estritamente político, quanto o exercido por órgãos especiais, não integrantes da estrutura do Poder Judiciário, após a promulgação do texto legal e a que apelidamos, neste trabalho, de controle político em sentido amplo.

Cumprе apontar aqui, à guisa de esclarecimento, que a própria Constituição da França de 1958, que acaba de ser mencionada, sofreu um aditamento recente para, em alinhamento com o que vem sendo feito na Europa continental, atribuir ao Conselho Constitucional competência para, mediante provocação feita pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, examinar a compatibilidade vertical de um preceito legislativo que, no curso de um processo, possa implicar ameaça a direitos e liberdades constitucionalmente garantidos. O novo texto, que animou a criação da Chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade, tem esta redação, *verbis*:

ARTIGO 61º-1 Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa

ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.

O novo texto constitucional francês foi regulamentado pela Lei Orgânica nº 2009-1523, de dezembro de 2009, que fixou o procedimento para apreciação da chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade, ou simplesmente QPC. Quadra aduzir que essa forma de controle repressivo, hoje em dia, já é a modalidade prevalecente no Direito francês. De fato, breve consulta ao sítio do Conselho Constitucional daquele país dá conta de que, no período de setembro de 2018 a agosto do ano em curso, o Conselho Constitucional⁶ recebeu 75 QPC (controle repressivo) contra apenas 20 DC (controle preventivo), ou seja, a utilização do novo instrumento de controle superou em mais do que três vezes o controle tradicional.

Mais expressivo do que isso é, em relação ao controle incidental brasileiro, o fato de que o tempo médio de exame das QPC se situa em torno dos 75 dias contados da data de ingresso do incidente no Conselho Constitucional. No Brasil... melhor não comentar, mesmo porque o STF tem de desincumbir-se de um rosário de outras competências. A comparação não seria muito justa para com o nosso Tribunal maior.

III. CORTES QUE EXERCEM CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

De outra banda, o controle jurisdicional de constitucionalidade é a verificação de compatibilidade de leis e normas com a constituição, realizada por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, sendo irrelevante para essa classificação, que haja um órgão do Judiciário criado especialmente para esse fim ou que o controle em tela seja exercido indistintamente por quaisquer órgãos judicantes. Como, entretanto, estamos a cuidar do tema relativo ao papel das cortes superiores, esse aspecto será aqui privilegiado doravante.

⁶ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2019-numerique/#entretien>, consultado em 11/11/2019.

A verificação de constitucionalidade por essa via dá origem a uma parcela daquilo a que se concebe, sempre de forma mais crescente, como jurisdição constitucional, cujo objeto, no específico caso brasileiro, compreende a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação de descumprimento de preceito fundamental e, por que não, o mandado de injunção.

Para fins de viabilizar a continuidade do exame a que nos propusemos inicialmente, é preciso pontuar que não são raros os ordenamentos em que o controle de constitucionalidade ultrapassa os lindes da atuação das cortes superiores e passa a ser exercido, também, por vários outros órgãos de jurisdição, como ocorre, no âmbito do Direito norte-americano e, sobretudo, no âmbito do Direito brasileiro. Impõe-se, por isso, examinar de forma um pouco mais aguda, a natureza da assim chamada jurisdição constitucional, exatamente para o fim de entender o papel do segmento das cortes superiores responsáveis por essa atividade.

III.1 Natureza da jurisdição constitucional

Em um de seus últimos trabalhos, FRANCESCO CARNELUTTI mostrava preocupação com a distinção que se fazia entre legislação e jurisdição tendo por base a natureza dos mandatos obtidos com o método processual e com o método legislativo. Com o primeiro, se obtinham mandatos jurídicos concretos, uma espécie de *lex specialis*. Com o segundo, se obtinha uma *lex generalis*.⁷

Dizia CARNELUTTI que, com o advento do Estado moderno, havia uma espécie de onipotência do Legislativo⁸, fenômeno patológico da evolução do Direito, que fazia ruir o velho critério diferencial. Mas, acrescentou o mestre italiano, estava vendo uma revalorização do juiz em confronto com o legislador. Identificava dois aspectos em que essa revalorização se mostrava de forma mais evidente.

O primeiro, no campo das relações entre empresários e trabalhadores, que deu origem, na Itália, à regulação coletiva das relações de trabalho, sobretudo por

⁷ Derecho Procesal Civil y Penal, Trad. Santiago Sentis Melendo, Ediciones Juridicas Europa-America, 1981.

⁸ Segundo Carnelutti, o Legislativo pode fazer o que devem fazer o poder judicial e o administrativo, os quais, de sua vez, não podem fazer aquilo que corresponde ao Legislativo., *op. cit.* p. 24.

meio da decisão judicial coletiva, que se resolve em um <mandato geral> pronunciado por um juiz, e não pelo legislador, como decorrência de um processo que merece o nome de processo coletivo, decisão essa que tem o preciso caráter de lei.

O segundo tinha como tema o problema da validade das leis. Afirmou CARNELUTTI que, com o advento da atual constituição italiana, se atribuiu a um juiz, chamado Corte Constitucional (art. 134), o poder de retirar eficácia das leis a respeito das quais haja sido declarada a ‘ilegitimidade constitucional’ (art. 136), de maneira que também a Corte Constitucional, ainda quando seja juiz, pronuncia um mandato geral em lugar de um mandato particular, tanto mais porque a Corte não declara a nulidade da lei inconstitucional, ou seja, não declara que ela nunca teve eficácia, senão que lhe retira a eficácia ‘desde o dia seguinte ao da publicação da decisão’⁹ resolvendo-se sua decisão em uma nova lei, que ab-roga a lei precedente.¹⁰

Apesar de o texto constitucional italiano indicar sentido contrário, CARNELUTTI não teve nenhuma hesitação em colocar a Corte Constitucional italiana no mesmo âmbito do Poder Judiciário. Explica-se: a constituição daquele país tratou da magistratura na Parte II, *Titolo IV*, sob a epígrafe *Ordinamento Giurisdizionale* e somente regrou a Corte Constitucional na Parte II, *Titolo VI, Sezione I*, que cuida de *Garanzie Costituzionali*, claramente fora do âmbito do Poder Judiciário o que, se não é argumento definitivo para fins de identificação da atividade exercida por aquela Corte, serve como um bom indicativo da possível distinção entre as atividades de um e outro, a exigir do intérprete minimamente cauteloso um pouco de reflexão sobre o tema.

Em 2007, JOAQUÍN URÍAS MARTÍNEZ, ao discorrer sobre as sentenças e controle das leis, no Direito espanhol, não teve dúvidas em afirmar que “*la eficacia de la Constitución normativa exige, como una de sus garantías fundamentales, la existencia de una jurisdicción capaz de asegurar la constitucionalidad de las leyes.*”¹¹

No mesmo ano, PIERRE AVRIL, escrevendo a respeito da jurisprudência do Conselho Constitucional francês, demitiu-se de investigar a questão, ao afirmar: “*on ne*

⁹ Cf. Constituição da Itália, art. 136: “Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge [134], la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.”

¹⁰ Obra citada, especialmente p. 26.

¹¹ Sobre las sentencias de control de leyes, in *El futuro de la justicia constitucional*, Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados Del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 73.

s'aventurera pas non plus sur le terrain théorique pour déterminer si le Conseil est un juge, s'il se borne à appliquer la Constitution ou s'il est un co-legislateur, voire un co-constituant."¹²

Mais recentemente, THALES MORAES DA COSTA, ao escrever sobre Justiça Constitucional, também tendo como referência o direito francês, trilhou o mesmo caminho e eximiu-se de sindicar a natureza da atividade exercida no controle de constitucionalidade. Sem embargo disso, quando estudou o exercício concentrado da justiça constitucional, deixou evidenciado que “O exercício da justiça constitucional será dito concentrado quando competir exclusivamente a um determinado órgão jurisdicional a solução de certo tipo de contencioso. Como visto na introdução, é o caso, notadamente, do controle objetivo e abstrato dos atos normativos à Constituição.”¹³

Aqui no Brasil, da mesma forma, tem-se admitido, de forma quase incontroversa — e, por que não dizer, quase leviana — que a atividade de controle de constitucionalidade, seja pela via incidental, seja *principaliter*, possui natureza jurisdicional¹⁴.

Ora, dentro de uma concepção meramente orgânica e reducionista, dúvida não deve remanescer na mente dos estudiosos do Direito brasileiro, quando percebem que o órgão responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal, que ostenta a condição de Corte de cúpula do Poder Judiciário.

Controle jurisdicional de constitucionalidade, nesse sentido, é a verificação da compatibilidade de leis com a constituição, realizada por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, sendo irrelevante, para a conceituação, que haja um órgão do Judiciário criado especialmente para esse fim ou que o controle seja exercido indistintamente por quaisquer órgãos judicantes. A verificação de constitucionalidade por essa via dá origem a uma parcela daquilo que se concebe como jurisdição constitucional

¹² La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit? *In*, La creation du droit par le juge, Archives de philosophie du droit, tome 50. Paris: Dalloz, 2007, p. 33.

¹³ Introdução ao Direito Francês. Thales Moraes da Costa, vol. 1, Curitiba: Juruá, p. 153.

¹⁴ Veja-se, por todos, Mendes, Gilmar Ferreira *et. al.* Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 957 *et passim*.

Quando, porém, se tem em conta uma concepção funcional da atividade de controle de constitucionalidade considerada como a verificação de compatibilidade vertical de normas pertencentes ao mesmo sistema jurídico, as dúvidas que afloram¹⁵ são muitas e sérias, sugerindo fortes questionamentos sobre se realmente o controle abstrato de constitucionalidade pode ser inserido no âmbito daquilo que normalmente se conhece como jurisdição, poder jurisdicional, atividade jurisdicional.

Para investigação do tema, convém retomar alguns conceitos usuais dos manuais de Direito Constitucional e de monografias sobre controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional faz-se mediante o processo constitucional, cumprindo observar, porém, que, de acordo com o tipo de controle de constitucionalidade das leis exercido (classificação modal ou formal), o processo ou será de sujeitos ou será objetivo, distinção que agora fica apenas debuxada, mas que será necessário aprofundar em outro momento.

É certo, porém, que o chamado controle jurisdicional quanto ao órgão incumbido possui pelo menos duas variantes possíveis. Uma, em que o controle é exercido de forma difusa, competindo esse mister a todos os órgãos da jurisdição, indistintamente; outra, em que esse poder é enfeixado na competência de um único órgão (normalmente uma corte de constitucionalidade), a que se denomina sistema concentrado.

Há uma tendência natural para se associar ao controle difuso¹⁶ (classificação de natureza orgânica) o sistema de controle por via de exceção (classificação formal, ou modal, como prefere MAURO CAPPELLETTI¹⁷); e ao controle concentrado o sistema de controle por via de ação, *principaliter*. Assim, com efeito, normalmente se dá. Não se trata, todavia, de ocorrência obrigatória. É perfeitamente

¹⁵ Mesmo no caso brasileiro, dito de controle jurisdicional de constitucionalidade, já foi sustentado no Supremo Tribunal Federal, pela voz do Ministro Sepúlveda Pertence, que o controle abstrato é ato só formalmente jurisdicional. (STF, Pleno, ADIn 127-2, Relator. Min. Celso de Mello, DJ, de 04.12.92, parte I, p. 23.057).

¹⁶ É usual confundir-se **controle difuso**, que considera a questão sob o ponto de vista orgânico, subjetivo, e que responde à pergunta "quem controla?", com o controle por **via de exceção**, que a considera sob o ponto de vista, formal, modal, que responde à pergunta "como se controla?"

¹⁷ O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984, p. 101.

possível, por exemplo, o controle por via de exceção¹⁸ associar-se ao controle concentrado.

Não é raro, também, pensar que o controle abstrato é apanágio dos sistemas que o preveem por via de ação, sendo o controle concreto próprio da investigação por via de exceção (*incidenter tantum*). No julgamento da ADPF nº 33, por exemplo, o relator, Ministro GILMAR MENDES, asseverou que o sistema italiano não conhece o controle abstrato de normas.

Ora, o fato de um processo de controle iniciar-se por via de exceção, num caso concreto, não implica que a atividade do ente de controle se faça *incidenter tantum*. Ao revés, são vários os sistemas jurídicos, como o italiano, em que o controle se inicia no exame do caso concreto e no qual, dada a ausência de competência dos órgãos da jurisdição para dizer sobre a constitucionalidade das leis, se remete a matéria para exame da corte de constitucionalidade que a aprecia *in abstracto*, valendo a decisão, como o diz o art. 136 da Constituição daquele País, desde o dia seguinte ao da sua publicação para retirar a eficácia da lei havida por inconstitucional. Trata-se, pois, de controle abstrato de norma¹⁹, argumento que pode ser reforçado pelo fato de que as regras que regem o controle de constitucionalidade pela Corte dispõem que a suspensão, interrupção ou extinção do processo principal (*i.e.*, aquele em se deu a dúvida de constitucionalidade), não geram nenhum efeito em relação à atividade de controle que estiver sendo desenvolvida pela Corte. Demais disso, o dispositivo seguinte, art. 19, cogita, expressamente, da possibilidade do exame de legitimidade constitucional em via principal.

¹⁸ Insta, porém, ao apreciar conceitualmente o sistema, tentar desfazer um equívoco quase cristalizado. George H. Jaffin e Cândido Mota Filho tendem a associar o controle difuso de constitucionalidade das leis ao federalismo norte-americano. Não vemos, *venia concessa*, relação de causa e efeito necessária. Deveras, o máximo que se pode dizer é que o sistema federativo impõe a existência de uma corte suprema que decida, jurisdicionalmente, os litígios entre as várias unidades da federação, ou entre unidades da federação e o poder federal. Daí, porém, a dizer-se que o controle jurisdicional de constitucionalidade deva ser feito por tal ou qual órgão judiciário, ou por todos os órgãos do Poder Judiciário, vai uma distância muito grande. Há sim, e isso é indisputável, a necessidade da existência de um Judiciário federal, até como forma de preservar a própria federação, pela uniformização da interpretação da lei federal, *tout court*.

¹⁹ Cf. NORME INTEGRATIVE PER I GIUDIZI DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE 7 ottobre 2008 (*Gazzetta Ufficiale* 7 novembre 2008, n. 261) . Capo Primo, art. 18. 1. La sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale. No mesmo texto, CAPO SECONDO, surge uma sessão sobre QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE, encimando o art. 19.

Também a Constituição da França, como já dito, sofreu reforma, há pouco mais de dez anos, para cogitar de algo semelhante, somando ao controle meramente preventivo (que está insculpido na Constituição de 1958 desde seu primeiro dia de vigência) um controle repressivo de constitucionalidade, encartado em um novo art. 61.1, nas condições ali especificadas, *in verbis*:

Art. 61-1. Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.²⁰

Do fragmento legal, resulta que o processo de controle repressivo terá origem em determinado caso concreto e alçado ao exame do Conselho Constitucional. Duas questões principais hão de ser anotadas a esse respeito: a primeira concerne ao fato de que a questão prioritária de constitucionalidade (QPC) somente poderá ser alçada ao Conselho Constitucional pelas instâncias máximas de julgamento, *i.e.*, o Conselho de Estado e a Corte de Cassação; a segunda, ao fato de que o Conselho não aprecia nada além da questão de constitucionalidade trazida a exame por via do incidente suscitado. A competência é estabelecida somente com relação à questão constitucional, máxime porque o Conselho Constitucional não integra a estrutura do Poder Judiciário e porque não há nenhuma relação de subordinação entre o Conselho e os órgãos de cúpula do Judiciário (na França, até onde nos foi dado pesquisar, não existe o instituto da reclamação).

Essa, todavia, é uma questão lateral. O que interessa debater, segundo pensamos, é a natureza mesma da atividade exercida no controle de constitucionalidade *in abstracto*. Cabe apressar o entendimento de que não se trata de mero bizantinismo, de tertúlia acadêmica cerebrina, mas, isso sim, de verificar, justamente pela identificação

²⁰ Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm#titre7>. Consultado em 21.07.2019. “ARTIGO 61º-1 Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.” Nossa tradução.

da natureza jurídica da atividade de controle, quais princípios são aplicáveis ao instituto, quais atividades se compadecem com a Constituição etc.

No chamado controle concentrado, *in abstracto*, o que se questiona é a própria higidez da regra submetida à verificação de compatibilidade com seu fundamento de validade. Quer-se, em princípio, a “declaração” de conformidade ou de desconformidade da lei com a Constituição. Ora, essa apreciação é só formalmente jurisdicional. Deveras, a atividade do Supremo ao examinar a conformidade da lei com a Constituição, na via de controle concentrado, como diz HUGO DE BRITO MACHADO²¹, não possui natureza jurisdicional, nada tem com a concreção da norma. Não pode ser tida como atividade jurisdicional, eis que esta pressupõe um conflito, uma controvérsia ou um obstáculo, ainda que legal (isso para as hipóteses dos chamados processos necessários que, no mais das vezes, servem para identificar a jurisdição voluntária), em torno da realização do Direito.²²

Na seara do Direito Comparado, agudas manifestações placitam esse entendimento. CANOTILHO, forte no pensamento de KELSEN, é incisivo ao asseverar, *in expressis verbis*:

A concepção kelseniana diverge substancialmente da judicial review americana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial."²³

Na doutrina italiana, que vale inteiramente para essa modalidade de controle, as palavras de CALAMANDREI são muito precisas:

²¹ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, *in* Direito & Justiça, Suplemento do Correio Braziliense de 04.10.93, p. 4.

²² Contra esse entendimento há o magistério de Michel Temer: "Pode inexistir interesse pessoal e mesmo material em jogo. Mas o Judiciário não tem a missão constitucional de solucionar conflitos individuais ou coletivos apenas. Tem, também, a de manifestar-se sobre o direito infraconstitucional que pode permanecer no sistema, porque a este não vulnera. Trata-se de interpretação de normas, de apreciação do direito, atividade decorrente da jurisdição. A circunstância de a decisão interessar à coletividade não transmuda a função do órgão. *Todas* as decisões por ele proferidas interessam à comunidade dado que visam à pacificação das relações sociais. Daí entendermos que a função de declarar a inconstitucionalidade de ato normativo é jurisdicional." Elementos..., cit. p. 43.

²³ Direito Constitucional, 5a. edição, refundida. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 980.

“En realidad, cuando el control sobre la constitucionalidad de leyes se desenvuelve, como en el sistema austríaco fundamentalmente adoptado en Italia, en vía principal y general, el órgano que ejercita este control *no es un órgano jurisdiccional*; no tanto porque, como se ha observado, "subsistirán siempre en las controversias sometidas a su examen estrías políticas" (también una decisión fundada sobre criterios políticos puede tener, en ciertos ordenamientos, carácter jurisdiccional), sino porque ninguno de los síntomas que se indican como típicos de la función jurisdiccional, se encuentran en este control general de constitucionalidad.... El control de la Corte constitucional afecta a la lei em su momento normativo, no en su momento jurisdiccional: la misma no es, por conseguinte, en esta atribución suya, un órgano judicial, sino más bien, como piensa Kelsen, un órgano paralegislativo o superlegislativo, que a través del control de legitimidad puede ejercitar sobre las leyes ordinárias, aunque sea con las garantías del debate público y de la motivación, una especie de derecho de veto, o mejor un poder legislativo solamente negativo.”²⁴

Como se percebe, CALAMANDREI confere a essa atividade uma função paralegislativa ou superlegislativa — se bem que o autor peninsular se trai ao final do texto supratranscrito — enquanto que CANOTILHO, primeiramente citado, aprisiona a atividade no conceito de legislação negativa²⁵, o que, de rigor, não nos parece correto, porque no conceito de revogação (ab-rogação e derrogação), **tirar a voz**, não se compadece com o que resulta dos provimentos usualmente proferidos no controle *in abstracto*.

De fato, não se trata de um juízo de legislação negativa, mas de um juízo político, autônomo, diverso do juízo legislativo, que é paralegislativo, superlegislativo, e que — diversamente do juízo legislativo negativo *stricto sensu*, que pode operar essencialmente em toda a seara constitucionalmente permitida — opera justamente na descoberta e cancelação da atividade legislativa constitucionalmente inadmitida.

O pressuposto, pois, do exercício dessa técnica de controle — cuja acentuada diferença nos faz concluir não se afinar com a ideia de legislação negativa — é a conveniência política de manter a supremacia constitucional, ao passo que o pressuposto da verdadeira legislação negativa é a opção por uma dentre várias condutas legiferantes permitidas. O exercício dessa tem como pressuposto a constitucionalidade;

²⁴ Piero Calamandrei, Estudios sobre el Proceso Civil p. 84/85.

²⁵ Na doutrina brasileira, o saudoso Athos Gusmão Carneiro, entendia tratar-se de "atividade legislativa", sem outro qualificativo, em artigo intitulado "Jurisdição - Noções Fundamentais", in Revista de Processo n° 19, p. 17.

o daquela só incide onde houver inconstitucionalidade. Ambos têm em comum, todavia, o fato de atuar no momento normativo da regra.

Com a vênua pelo argumento de autoridade, cabe uma vez mais recorrer a CALAMANDREI, cujo comentário a respeito desse tema é hialino:

“Hay, sin embargo, entre la función de la Corte constitucional que anula las leyes viciadas por ilegitimidad constitucional, y la función de los órganos más propiamente legislativos que pueden abrogar cualquier ley independientemente de su inconstitucionalidad, una profunda diferencia: que mientras los órganos legislativos obran libremente, bajo el impulso de la sola oportunidad política, que los induce a abrogar una ley vieja para sustituirla por una ley nueva considerada mejor, la Corte constitucional anula la ley no al objeto de sustituirla por una considerada políticamente más conveniente, sino tan sólo porque la misma está en contraste con una norma constitucional que debe ser hecha respetar.... La Corte constitucional se inspira en el pasado, no, como el Parlamento, en el porvenir; anula las leyes no para dar ingreso a leyes nuevas, sino para hacer respetar la ley vieja (esto es, la norma constitucional).”²⁶

Parece conveniente, por isso, caracterizar esse controle fora da atividade jurisdicional como o fez GAETANO AZZARITI, ao procurar conceituar a natureza da função da Corte Constitucional italiana: "*A Corte Constitucional pertenece a una función autónoma de controle constitucional que não se identifica com nenhuma das funções dos três poderes a fim de conduzi-los à observância das normas constitucionais.*"²⁷

Nesse campo, parece concordar com o magistério de KARL LOEWENSTEIN para quem, no exercício do controle de constitucionalidade, a atividade do Judiciário extrapassa o âmbito normal de seus misteres, cujo limite deveria ser nada mais que a execução da decisão política tomada. O controle da constitucionalidade é essencialmente controle político e, quando se impõe frente a outros detentores do poder é, em realidade, uma decisão política²⁸, no sentido de ser tendente à organização do Estado.

Trata-se, pois, de controle político, que atua no momento normativo da regra, ainda que se possa tomá-lo por formalmente jurisdicional. Exatamente por isso, não há de cuidar, aqui, estritamente de regras que digam com o devido processo legal, garantia do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, inafastabilidade do

²⁶ Piero Calamandrei, Estudios sobre el Proceso Civil, p. 85.

²⁷ *Apud*, Themístocles Brandão Cavalcanti, do Controle da Constitucionalidade, p. 35.

²⁸ Kark Loewenstein, *op. cit.* pp.308/309.

controle jurisdicional (e outras garantias que, diga-se a bem da honestidade científica, já se encontram encartadas na expressão “devido processo”), garantias essas que protegem o processo de partes, os direitos e garantias individuais e que não se encontram em testilha quando se fala de controle *in abstracto* de leis.

Cuida-se aqui, ao revés, daquilo que a doutrina conhece como processo objetivo, processo sem partes (ou, no máximo, com partes funcionais), unilateral, no qual existe um requerente, mas não um requerido, sem contraditório e cujo objetivo é a regularidade da vida constitucional do Estado.²⁹

No particular, portanto, afinamo-nos parcialmente (e só parcialmente!) com o entendimento já expressado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto. Sem embargo disso, e apenas para dar substância ao nosso entendimento, retiramos do voto condutor da Reclamação nº 2.256-RN, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, o seguinte excerto, *in verbis*:

“Sabe-se com VON GNEIST, desde 1879, que a ideia, segundo a qual, como pressuposto de qualquer pronunciamento jurisdicional, devam existir dois sujeitos que discutam sobre direitos subjetivos, assenta-se em uma petição de princípio civilista.”

Pela continuação do voto, percebe-se que a ideia do relator era amparar a existência e regularidade dos processos objetivos, processos sem partes, que são próprios do controle de constitucionalidade. Concordamos, como já foi visto, com a existência de processos objetivos; temos como certo, também, que o controle de constitucionalidade se faz por meio desses processos judicialiformes, mas não jurisdicionais, como supõe GILMAR MENDES.

Antes de mais nada, razão não assiste a VON GNEIST quando assevera que a discussão sobre direitos subjetivos, como condição do pronunciamento judicial, seja uma petição de princípio. Dizendo de outra maneira, não concordamos com a forma como a afirmação foi reproduzida (até pela data do comentário, sabe-se que não havia nada de profundamente sedimentado em termos de processos objetivos de controle de constitucionalidade). É fato que, em pronunciamentos de jurisdição voluntária, não cabe falar sobre dois sujeitos que discutem; nesse sentido, seria certo o que disse VON GNEIST, mas a doutrina do direito processual não pensa nada diferente.

²⁹ Gilmar Ferreira Mendes, Ação Declaratória..., cit. p. 6.

Qualquer outra dimensão, entretanto, que se pretenda emprestar ao texto ofenderá o conceito que se tem de jurisdição, exercitável mediante um pronunciamento que delibere sobre uma relação jurídica (ou sua inexistência). Em outras palavras, à exceção dos processos de jurisdição voluntária, a jurisdição se manifesta sobre relações jurídicas ou situações jurídicas em que contendem sujeitos de direitos (no plural). Deveras, é de sabença geral que, historicamente, a jurisdição tem sido entendida como a atividade, função, ou poder do Estado por meio do qual se dá a resolução de conflitos de interesses entre sujeitos de direito ou a constituição de novas situações jurídicas (jurisdição voluntária). Sempre, na jurisdição, persegue-se a aplicação da lei sobre determinado caso concreto (relação jurídica) capaz de (i) atribuir certo bem da vida a alguém ou (ii) constituir nova situação jurídica, que afete diretamente as partes, os sujeitos de direitos que estão em juízo. Esse conceito é fruto de longa evolução histórica, que vem desde o Direito Romano (só nesse período podem ser computados 14 séculos de maturação), passou por toda a idade média, aprimorou-se na idade moderna e consolidou-se no século XX. Não se trata, assim, de *petitio principii*, quando se exige a presença de partes no processo jurisdicional, mas de expressão utilizada *brevitatis causa* que, como fórmula matemática, pode ser deduzida a qualquer instante.

Ademais, a possibilidade da existência de um processo objetivo, sem partes, por meio do qual se exerce o controle de constitucionalidade, decorre exatamente do fato de que não se trata de um processo jurisdicional e sim de uma atividade política do Estado, exercida, no caso brasileiro, por um órgão que eventualmente integra a estrutura do Poder Judiciário (mas não há de ser assim, necessariamente, e, como já visto preambularmente, o Direito Comparado possui abundantes exemplos), quiçá em decorrência do fato de que, além da competência constitucional para exercer o controle de constitucionalidade, possui o Supremo Tribunal Federal competências tipicamente jurisdicionais, tais assim, *v.g.*, as encartadas no art. 102, I, “e”, “f”, “m”, “n” etc.

Porque se trata de um processo objetivo, sem partes, não cabe falar em litigantes aos quais seja deferida a proteção do devido processo legal. Seria, conceda-se, uma contradição essencial. Explica-se o óbvio: a cláusula de proteção do devido processo legal foi instituída e existe para evitar que qualquer pessoa seja privada da vida, da liberdade ou de seus bens de forma arbitrária, abusiva. Como, no processo

objetivo não há partes, não há pessoas que possam ser privadas de algo, não há falar em devido processo legal, direito de defesa, garantia do contraditório etc.

Dessa afirmação resulta claro que o termo jurisdição constitucional só pode ser utilizado por empréstimo, dado que a atividade exercida pelas cortes de constitucionalidade não é funcionalmente/materialmente jurisdicional. Daí, em sede doutrinária, poderia ser tirado um rosário de conclusões a respeito do controle de constitucionalidade *in abstracto*, como, *v.g.* desnecessidade de partes, inexistência de contraditório, irrecorribilidade das decisões da corte etc.

Da mesma maneira, e em decorrência disso, poderiam ser expungidos da linguagem e da doutrina do controle de constitucionalidade conceitos relativos a litisconsórcio e assistência, causa de pedir (e a invenção da causa de pedir aberta), mérito, decisão declaratória, coisa julgada material, etc., que, além de serem próprios do processo de partes, não se ajustam ao processo objetivo, a não ser com imenso sacrifício e deturpação do seu âmbito de aplicabilidade.

O que ocorre, em verdade, é o fato de que a legislação, a doutrina e a jurisprudência ainda não se preocuparam em construir uma linguagem separada para os dois tipos de processo, objetivo e subjetivo, uma teoria geral do processo de fiscalização de constitucionalidade, com seus signos próprios, seus padrões, seus institutos, seu jargão, desatentos à advertência de VITALINO CANAS que, a respeito do tema, assevera: “a atitude mais correta não é a de, perante um precipitar da realidade que se pretende conhecer, procurar adaptar a fenômenos novos conceitos criados a pensar numa outra realidade. Novas exigências postulam novos institutos³⁰.” Em outras palavras: para novos problemas, novas respostas!

O que se propõe, portanto, é exatamente o contrário do que insistem em fazer os estudiosos do controle de constitucionalidade, que apanham conceitos sedimentados nos processos subjetivos (embora sua sistematização possua menos de dois séculos) e os aplicam sem nenhuma ressalva aos processos objetivos, o que finda por provocar as dúvidas antes suscitadas e as inconsistências demonstradas.

³⁰ CANAS, Vitalino. Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional. 2ª edição. Lisboa, 1994.

Evidencia-se, assim, que a utilização, sem ressalvas, do termo Jurisdição constitucional, conduz ao equivocado entendimento de que os processos de natureza objetiva teriam natureza jurisdicional, ou, mais bem explicitado, de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício das atividades de controle de constitucionalidade *in abstracto* estaria a exercer função jurisdicional, tanto quanto estaria no julgamento de uma ação rescisória, ou no julgamento de um recurso extraordinário em que, incidentalmente, tivesse de apreciar a constitucionalidade de uma lei para aplicá-la, ou não, ao caso concreto sob seu exame naquele momento.

Simplificando o tema, podemos afirmar, com segurança, que o papel das cortes de constitucionalidade poderá ser mais bem entendido na medida em que os cultores da matéria passem a ter perfeita percepção da distinção que existe entre um juízo de compatibilidade vertical (norma ordinária X norma constitucional), exercido em um momento que chamamos de estritamente normativo, e um juízo aplicativo da norma, em que se discute a sua (dela, norma) incidência sobre determinada relação ou situação jurídica.

Vale anotar, *en passant*, que uma luz no fim do túnel parece começar a surgir: em 2013 foi criada uma associação brasileira que está vocacionada ao estudo do Direito Processual Constitucional, o que, ao menos em tese, sugere a possibilidade da realização de pesquisas apropriadas e descontaminadas do processo subjetivo, a permitir maior clareza na percepção do fenômeno do controle abstrato de constitucionalidade.

IV. CORTES DE LEGALIDADE

Além do que já visto sobre cortes de constitucionalidade, passamos, agora, a um breve exame do agir das cortes de legalidade, tendo por referência o Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

Seria lícito dizer, em uma primeira aproximação, que o nosso STJ — cuja missão precípua é cuidar da uniformização da jurisprudência relativa ao direito federal — se enquadra no rol das cortes de revisão, e assim realmente parece ser, haja vista que se insere nos misteres do Tribunal superior o poder de reexaminar a matéria decidida, dentro da moldura fática fixada nas chamadas instâncias ordinárias. Dentro desse espectro, o STJ pode deliberar em qualquer sentido (mesmo em sentido

diametralmente oposto ao fixado pelo tribunal recorrido), com o fito de fixar o correto entendimento (e, idealmente, o único, em certo momento histórico) sobre o direito federal a ser aplicado em todo o território nacional.

Não são raras, entretanto, as situações em que o STJ se demite de exercer o juízo de revisão e se limita a uma simples cassação, com determinação de retorno dos autos do processo ao tribunal de onde se originou, para que outra decisão seja proferida pela corte recorrida, escoimada do vício identificado pela corte superior.

Trata-se, pois, de um misto de corte de revisão e de cassação, sendo certo que, no mais das vezes, é plenamente possível separar essas duas modalidades de atuação de qualquer corte superior. Bem por isso, examinaremos exemplos de uma e outra em subseções separadas.

IV.1 Cortes de revisão

IV.1.1 Portugal

No que concerne às chamadas cortes de revisão, podemos começar com o modelo instituído pelo ordenamento português que, além dos tribunais de segunda instância, chamados tribunais da relação, prevê, no seu texto constitucional em vigor, uma terceira instância composta pelo Supremo Tribunal de Justiça (art. 210.1) e pelo Supremo Tribunal Administrativo (art. 212.1)³¹.

O Supremo Tribunal de Justiça, composto por 64 juízes, entre outras atribuições, possui competência uniformizadora da jurisprudência, exerce juízo de revisão, e só raramente determina o retorno dos autos à instância inferior, consoante deflui das *verba legis* do Código de Processo Civil daquele país, mais precisamente do seu art. 682:

Artigo 682.º

Termos em que julga o tribunal de revista

1 - Aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, o Supremo Tribunal de Justiça aplica definitivamente o regime jurídico que julgue adequado.

2 - A decisão proferida pelo tribunal recorrido quanto à matéria de facto não pode ser alterada, salvo o caso excepcional previsto no n.º 3 do artigo 674.º.

3 - O processo só volta ao tribunal recorrido quando o Supremo Tribunal de Justiça entenda que a decisão de facto pode e deve ser ampliada, em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito, ou que ocorrem contradições na decisão sobre a matéria de facto que inviabilizam a decisão jurídica do pleito.

³¹ Para nós, no âmbito deste trabalho, não cabe cuidar da competência de tribunal administrativo, mas fica assentado que o Tribunal em referência funciona como uma espécie de terceira instância dos tribunais administrativos e fiscais.

Vê-se, pois, que o modelo de Portugal é muito próximo daquele adotado no Brasil, ressalva feita ao fato de que acolhemos o sistema de jurisdição una. De toda sorte, o fato de tratar-se de uma corte de revisão, autoriza o entendimento de que ocorre aí um verdadeiro terceiro grau de jurisdição, o que somente é mitigado pelo fato de que o órgão da terceira instância apanha os fatos da causa exatamente na moldura que haja sido fixada nas chamadas instâncias ordinárias, isso, com todas as ressalvas que fazemos ao artificialismo da dicotomia criada entre questão de fato e questão de direito, como forma de estabelecer qual o papel a ser exercido por essa corte judiciária excepcional, que tem vergonha de ser verdadeira instância julgadora.

Não é por outro motivo, aliás, que se inventou uma classificação que permite separar os recursos em objetivos e subjetivos. Essa discussão, porém, fica para outro momento.

IV.1.2 Alemanha

Na Alemanha, o desenho institucional das cortes vem lançado no *Grundgesetz*, Lei Fundamental ou Lei Básica. A palavra *Verfassung*, Constituição, não nomina o texto maior daquele país.

O **Tribunal Federal de Justiça** (*Bundesgerichtshof*, *BGH*) é a mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária, deixada de lado, aqui, a investigação sobre o controle de constitucionalidade de leis, tarefa que fica a cargo do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*).

É o Supremo Tribunal Federal (tribunal de última instância) que decide sobre todas as matérias, sejam de direito penal, sejam de Direito Privado. A decisão proferida pelo BGH, em tese, pode ser modificada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (o que, na prática, pouco ocorre), quando suscitada a inconstitucionalidade da aplicação de alguma norma (pelo Tribunal Federal), e isso seja confirmado pelo Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade (com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha).

IV.2 Cortes de Cassação

IV.2.1 França

Dos modelos de Corte de Cassação, parece interessante o exame do sistema francês, quando por outro motivo não seja, por sua ancianidade. GARSONNET, no seu monumental Tratado, vol. VI, ainda em fins do século XIX, bem dava conta da história da cassação francesa, que antecede, em muito, a Revolução de 1789. Não cabe, aqui, em linhas angustas, reproduzir aquele magistério.

O certo é que a Corte de Cassação é o órgão de cúpula da jurisdição civil francesa (sabido que o Conselho Constitucional é órgão político que não integra a estrutura judiciária), sendo certo, tal como dito em relação ao sistema português, que há outro órgão de cúpula, destinado ao exame das questões relativas à jurisdição administrativa, que é o Conselho de Estado.

A atividade fundamental da corte é exercida (I) por meio do exame do *pourvoi en cassation*; e (II) por meio do exame da chamada QPC - *question prioritaire de constitutionnalité*.

O recurso de cassação é uma via excepcional de recorrer, sendo certo que, no direito processual francês, regra geral, os recursos extraordinários hostilizam a chamada coisa julgada, mas não se encontra no CPCF um texto afirmando que, no específico caso do recurso de cassação, ocorre esse ataque. Sem embargo disso, o exame do comparatístico é esclarecedor. Essa via de recurso extraordinário somente é cabível **(a)** contra decisão de última instância, **(b)** em específicas hipóteses de desconformidade do julgamento com as regras de direito que deveriam incidir. FRÉDÉRIQUE FERRAND³², amparado em doutrina e jurisprudência, faz uma boa resenha dessas hipóteses: cabe a cassação se ocorrer **(i)** violação da lei; **(ii)** excesso de poder; **(iii)** vício de incompetência; **(iv)** inobservância de forma; **(v)** vício de motivação; **(vi)** contrariedade entre julgamentos; e **(vii)** perda de fundamento jurídico.

Bem percebidos, esses motivos se reduzem a espécies de um tronco geral chamado violação do Direito, ou manifesta violação de norma jurídica, situação que ensejaria, em nosso ordenamento, o cabimento da chamada ação rescisória.

É certo, entretanto, com relação ao *pourvoi en cassation*, que **(i)** não se trata de uma espécie de terceiro grau de jurisdição; **(ii)** não constitui um juízo de

³² Guinchard, Serge; Ferrand, Frédérique; Chainais, Cécile. *Procédure Civile*. Paris: Dalloz, 3ème édition. 2013, p. 613, nossa tradução.

retratação, haja vista que a matéria sob recurso foi decidida em última instância por outros órgãos da jurisdição; **(iii)** não é meio de revisão/reforma da decisão proferida, haja vista que a Corte de Cassação não reexamina todo o processo. A rigor, examina o teor da decisão recorrida e verifica se ocorreu algum daqueles sete motivos susoenunciados. Se sim, a Corte cassa, anula, no todo ou em parte, a decisão recorrida e determina, se for o caso, a remessa dos autos do processo ao órgão prolator da decisão cassada para que outra seja proferida.

Quando se diz que a remessa é determinada “se for o caso” é porque, em determinadas situações, a cassação não implica a necessidade de novo julgamento, exatamente como ocorre com as ações rescisórias no Direito brasileiro, em que, algumas vezes, basta que ocorra o chamado *iudicium rescindens*, sem que haja necessidade do *iudicium rescissorium*.

No que concerne à chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade, encartada, desde 2008, no texto do novo art. 61.1 da Constituição da França de 1958, foi ela regulamentada pela Lei Orgânica nº 2009-1523, que entrou em vigor nos primeiros meses do ano de 2010. Se, em determinado processo, está em jogo a alegação de que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, a matéria pode ser submetida à Corte de Cassação (ou ao Conselho de Estado, se se tratar de tema afeto à jurisdição administrativa), que deverá examinar a questão incidental e, se o caso, determinar sua remessa ao Conselho Constitucional.

Apenas a título exemplificativo, no transato ano de 2018³³, foram examinadas pela Corte de Cassação 82 QPC. Dessas, 70 foram rejeitadas por motivos vários e 12 foram alçadas ao exame do Conselho Constitucional.

IV.2.2 Itália

A *Corte di Cassazione* é o órgão de cúpula do Judiciário italiano que lida com as violações da lei e é considerado um dos maiores tribunais do mundo, com mais de 300 julgadores. Diferentemente de sua congênere francesa, a Corte de Cassação é competente para apreciar os recursos contra as decisões de qualquer tribunal daquele país, aí incluídas as decisões que tenham sido proferidas pelo Conselho de Estado (o

³³ Dados confirmados em: <https://www.courdecassation.fr/IMG///Statistiques%20-%202018.pdf>. Consulta realizada em nov/2019.

que não é possível no ordenamento francês), justamente em função de sua estatura maior na escala hierárquica dos órgãos judicantes.

A Lei n.º 12 de 30 de janeiro de 1941 (artigo 65.º), atribui à Corte o dever de “assegurar a correta aplicação da lei e a sua interpretação uniforme, assim como garantir a Corte de Cassação pode conhecer dos fatos de um processo tão somente se estes tiverem sido examinados em instâncias inferiores e apenas na medida do necessário para apreciação dos fundamentos previstos por lei para a interposição do recurso perante essa instância especial.

Tal como o nome indica, a Corte de Cassação italiana não exerce juízo de revisão. Assim como no Direito francês, seu mister no exame dos recursos consiste em cassar a decisão recorrida (e remeter, se o caso, ao tribunal de onde proveio), ou mantê-la, se não houver razões que autorizem o provimento do recurso.

Há uma tarefa que aproxima as duas cortes de cassação. Tal como acontece na França, também a Corte de Cassação Italiana (com enorme precedência temporal, diga-se de passagem), realiza a filtragem dos incidentes de inconstitucionalidade, que, como o nome indica, nascem no fluxo de um processo de partes e são destacados e passam por um crivo de admissibilidade até sua remessa para a Corte de Constitucionalidade.

À GUIA DE CONCLUSÃO

É evidente que outras formas de abordagem seriam possíveis. De passagem, cumpre recordar que seria possível examinar outros desenhos de cortes superiores; por exemplo, caberia investigar o papel do Supremo Tribunal de Justiça do Reino Unido, que não é propriamente uma corte de constitucionalidade; antes, uma corte de convencionalidade. Aliás, sobre cortes de convencionalidade, apesar dos riscos por que vem passando a União Europeia, esse é um tema cada vez mais presente e que, por isso mesmo, necessita ser estudado com afinco.

Seria possível, também, examinar o papel de outras cortes de constitucionalidade, que se ajustam às chamadas *weak forms* adotadas, por exemplo,

pelos cortes do Canadá e da Nova Zelândia, que, parece, cuidam de um diálogo institucional capaz de dar novas forças ao tão combatido Princípio da Separação dos Poderes!