

A Encruzilhada Jurídica entre a “Tradição” Processual e a Perspectiva Fundamental dos Direitos

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

Advogado, Bacharel em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Aprovado no Exame nº 134 da OAB/SP, Estagiário Concursado (1º lugar) da Procuradoria-Geral do Estado – Procuradoria Regional de Marília. Dedicar-se à Confecção de Artigos Diversos, Publicados em Revistas Digitais, na Área do Direito, em Especial em Direito Desportivo, Penal e Processo Civil.

DOI: 10.11117/22361766.28.01.02

RESUMO: A perspectiva paradigmática dos direitos fundamentais representa uma mudança do ângulo de visão acerca da tutela jurisdicional. Se antes acompanhavam a teoria geral do processo as antiquadas concepções liberalistas e romanas, a partir da ideologização do Estado social, a carga da dignidade humana passou a representar elemento diferencial para um aspecto mais humanizado do processo. Jurisdição deixa de ser o “dizer o direito”, para passar a ser representada pela efetividade do direito em tempo hábil. Vale dizer, proteger o direito substancialmente e entregá-lo àquele que assiste razão, sob pena de seu perecimento, pois é essa a função confiada ao Estado a partir do instante de proibição da resolução dos conflitos pela autotutela. Para tal, deve guiar o juiz a luz dos direitos fundamentais, indicando-lhe o caminho a partir do qual irá interpretar a lei processual civil com vistas ao fim último da dignidade do ser humano. É nessa perspectiva que o juiz possui a obrigação de verificar a constitucionalidade da lei também no caso concreto, seja para declará-la inconstitucional no todo ou em parte, seja para suprimir uma lacuna que não pode, de maneira alguma, justificar a ausência de tutela por culpa exclusiva do legislador. O juiz deve estar pronto a preencher o campo necessário, da perspectiva dos direitos fundamentais, para levar ao jurisdicionado a tutela efetiva, adequada e tempestiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; controle de constitucionalidade; súmula vinculante; efetividade do processo.

SUMÁRIO: 1 Prolegômenos; 2 O processo na concepção tradicionalista; 3 A lupa constitucional e o controle de constitucionalidade; Conclusão; Referências.

1 PROLEGÔMENOS

A tradição e a conveniência da práxis jurídica cotidiana, a partir de um senso comum não questionador e rotulado por si próprio de “a-crítico”, conduzem a uma agonia infinita acerca do reconhecimento de direitos que exigem, por sua consti-

tucionalidade, uma hermenêutica mais dinâmica. Não raramente, o Judiciário e o Executivo acabam atribuindo ao Legislativo o insucesso de alguns direitos constitucionalmente garantidos, sobretudo aqueles denominados fundamentais. Não conseguem vencer a barreira que impõem a si mesmos na interpretação restritiva – ou suposta ausência de interpretação –, na ânsia de atender a “vontade da lei”, como se esse ser vivo o fosse capaz de manifestar-se por si próprio. Como afirma o Professor Lenio Streck: “Velhos paradigmas de Direito provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição e do papel da jurisdição constitucional”¹.

Dentre esses direitos, destaca-se aquele que serve ao alcance dos direitos materiais. O direito à tutela jurisdicional efetiva que, embora esteja mais clari-vidente na leitura do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, sempre esteve, implicitamente, inscrito no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Mas a processualística tradicional, fiel seguidora da “instrumentalização” do processo a partir das disposições evidentes do texto legal, teima em não visualizar o mesmo a partir dessa nova perspectiva direcionadora. Para esse segmento, o processo, em primeiro lugar, é mero instrumento destinado à obtenção do direito material, sem se dar conta dos aspectos humanos nele envolvidos; e, em segundo lugar, é instrumento limitadíssimo pela legislação processual. Vale dizer, não visualiza qualquer saída quando a tutela processual impede a efetivação do direito material, seja na execução, seja na ausência de uma tutela apropriada à consecução do direito.

É nesse ponto que surge o embate que confere título à problemática a que nos propomos: a tradição processual da legalidade restrita, da dogmática, da ideologia positivista e do paradigma racionalista frente à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e à hermenêutica constitucional como propedêutica para a leitura do ordenamento jurídico como um todo.

Cientes de que a atual conjuntura socioeconômica, em meio à requisição não só de novos direitos, mas também da efetivação de “direitos de papel”, ou seja, aqueles normatizados no texto constitucional, porém sem aplicação cotidiana, é que se torna imprescindível uma reflexão sobre como transpor esse obstáculo existente entre a tutela material garantida constitucionalmente dos direitos e a tutela processual tão emperrada no normativismo rasteiro. É essa a encruzilhada que o Estado Constitucional Social nos trouxe com a garantia de direitos que até então restavam esquecidos em meio à turbulência estatal do militarismo.

Adverte-nos Hesse: “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”². Assim como Eros Grau: “Todos

1 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 28.

2 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 16.

os seus preceitos não de ter eficácia e aplicação imediatas, eis que somente assim deixará ela de cumprir o papel de instrumento de engodo e ilusão do povo”³. O importante é salientar a necessidade dos direitos constitucionalmente garantidos não se tornarem letra morta, transformando-os em mera perfumaria jurídica.

Para tanto, trouxe-nos, a Constituição, meios para se alcançar tais resultados, ainda que a legislação processual não os tenha previsto. É nesse sentido que tratamos de temas como a “jurisdição constitucional”, o “controle de constitucionalidade” no STF ou pelo juiz, no caso concreto, e o direito de ação enquanto “direito a ter uma ação” que possibilite ao jurisdicionado alcançar a tutela do Estado, independente da veracidade ou não de seu direito⁴.

Hodiernamente, ganham ênfase os possíveis efeitos vinculantes das decisões tomadas em sede incidental pelo Pretório Excelso e, ainda, as súmulas de efeito vinculante propriamente ditas, como instrumentos para o alcance da efetividade dos direitos, como acima nos referimos.

Diante de tais circunstâncias, a questão que nos afronta não poderia ser outra: de que maneira a teoria crítica do direito pode, a partir de uma visão constitucionalista, sobretudo com ênfase na tutela dos direitos fundamentais, ultrapassar as barreiras dogmáticas para levar ao processo a tutela processual adequada, tempestiva e efetiva que conceda ao mesmo sopro vital, deixando de considerá-lo mero instrumento descompromissado com o direito material?

2 O PROCESSO NA CONCEPÇÃO TRADICIONALISTA

O primeiro marco teórico que deve ser estabelecido para o desenvolvimento desse trabalho remonta às estruturas do Estado Liberal e sua conformação do pensamento jurídico dominante do século XXI. Em meio aos horrores do Estado Absolutista, surgiu-se necessária a ideologização do Estado de forma que protegesse o cidadão de seus abusos totalitários. A “carta-de-manga” de Montesquieu, nesse sentido, foi o dogma da separação de poderes que mascarava uma falsa divisão de atribuições com o atamento das mãos do Judiciário, escravizando-o à lei. Isso porque ao Judiciário não cabia a interpretação legal, mas tão somente a aplicação racionalista do modelo propugnado pelo Legislativo.

3 GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 46. Ver, também: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

4 Nesse ponto, salutar o trabalho do Professor uruguaio Eduardo Couture. Para esse autor, a teoria da ação está vinculada ao direito de petição. Ou seja, a ação é garantia constitucional de petição perante o Judiciário, diante da proibição da autotutela, talqualmente a petição encaminhada à Administração Pública. A diferença está no poder coativo da petição apresentada ao Judiciário, exigindo, antes de uma resposta da outra parte, sob pena de revelia, uma resposta efetiva do juiz. Dessa forma, a ação independe da existência de qualquer direito material e também da intenção do autor, pois, ainda que de má-fé, as vias jurisdicionais lhe estão abertas para exigir respostas do Judiciário. A teoria de Couture é extremamente agradável em uma análise contemporânea, bastando-lhe esclarecer que a necessidade do direito à tutela jurisdicional não basta por si só, mas sim deve ser efetiva, além de prover o autor de instrumentos que viabilizem a apresentação de seu direito em vias judiciais. Ver COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978. p. 24-45.

Para a estruturação de tal mentalidade, utilizava-se a doutrina liberalista, que pretensamente fez da doutrina da burguesia a doutrina de todas as classes⁵, uma falsa concepção de igualdade, pois a liberdade não estava atenta aos mais diferenciados destinatários da lei. Essa concepção abandonava, completamente, os mais frágeis, visto que não lhes influenciava a esfera privada tal qual não adentrava na esfera dos mais fortes. O resultado era, obviamente, catastrófico, pois esse Estado “mínimo do mínimo” não preconizava as preocupações sociais necessárias para a estruturação da sociedade.

O processo, por sua vez, fora sangrado por uma ideologia positivista e um paradigma racionalista de efeitos bombásticos mascarados por uma ideia absurda de vontade legislativa. Se incumbia ao Judiciário aplicar a lei pura e simplesmente como ela é, esse mandamento partia do fato de que, como pressupunha proteger-se o indivíduo, não haveria espaço ao Estado na esfera jurídica que não fosse dar fiel cumprimento à vontade da lei. Para isso, utilizava-se de uma artimanha racionalista que conferia ao Judiciário um processo quase matemático de aplicar a lei ao caso concreto⁶.

A partir de então, dois outros marcos teóricos marcam o começo da mudança de mentalidade. Um deles é a estruturação do Estado Social, como uma alternativa ao Estado de liberdades não intervencionistas, liberal. Nessa seara, o papel político do Judiciário é ressaltado a partir da sua independência e da necessidade de interpretação da lei para amolduração ao caso concreto. Interpretar, que nada tem de matemático, para ser composto pelo *sentir* do juiz, exposto, ao final, na *sentença*. A conceituação da liberdade passou a incluir, necessariamente, a consideração dos aspectos econômicos e sociais necessários para o exercício da própria liberdade⁷. O desafio é traduzir com acerto essas questões para a prática, mesmo que a ideologia do Estado Liberal, teoricamente, já esteja há muito ultrapassada no tempo.

Um segundo e posterior marco diz respeito à estruturação de uma teoria crítica do Direito, capaz de identificar o fenômeno de mascaramento ideológico da própria ideologia, expressando-se como fonte única da qual se pode beber a

5 BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 6.

6 “A busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitários suprissem o estudo de ‘casos’, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a ‘norma’, com eliminação do ‘fato’. A separação entre ‘direito’ e ‘fato’, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e o do *dever ser*, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVIII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como *ciência da compreensão*, exista no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado” (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 36). Também Simone Goyard-Fabre: “Por fim, a construção de um direito que, invocando critério de racionalidade científica, se fechasse dentro das grades de uma legislação abstrata de alcance mais ou menos geral, teria fortes chances de gerar uma sistematização do direito rígida e sem vida. Quando a teoria da formação gradual do direito (*Stufenbautheorie*) expõe que, no interior de uma ordem jurídica, apenas o direito cria direito, é grande o risco de fazer o processo e a forma do direito prevalecer sobre seu conteúdo substancial” (*Os fundamentos da ordem jurídica*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 101).

7 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 33.

“verdade”. A relação dialética, como contradiscurso – ou antítese – é capaz de propiciar a formação de uma nova síntese do pensamento jurídico. Vale dizer, a crítica sobre a ideologia atual do estado das coisas, em infiltração com esta, proporciona uma nova conclusão que indica, no sentido da impossibilidade do pensamento pretensamente “a-ideológico” produzir os resultados necessários na contemporaneidade constitucional⁸.

A ideologização do discurso como forma de contradiscurso à ideologia positivista que não se permite enquanto tal⁹, mesmo a partir do senso comum¹⁰, ou sentido comum teórico, conforme as lições do Professor Luís Alberto Warat, permite antes de mais nada uma tomada de posição. Vale dizer, um centrimento a partir da qual largar-se-á na crítica, o que não significa estancamento, mas apenas um ponto inicial que se identifica como uma ideologia de natureza social. É somente a partir da própria concepção de ideologia que é possível argumentar em prol dela mesma e explicar por quais razões a outra ideologia não mais se presta a fomentar as discussões contemporâneas necessárias no Direito.

Segundo Warat, ambos “conhecimentos se influenciam reciprocamente e se complementam. O ‘sentido comum teórico’ é condição necessária para a produção do ‘discurso crítico’”¹¹. Entretanto, o discurso crítico não pode se transformar em sentido comum teórico sem que um novo discurso crítico o substitua, pois esse estatismo seria propedêutico para as vestes de conformismo social. Assim, o discurso crítico mescla-se com o sentido comum teórico a partir do momento em que um novo discurso crítico passe a examinar ambos, fazendo deles um conhecimento científico acumulado¹².

Secundariamente, temos que somente a teoria crítica do Direito e da história permite avançar além desse modo de conceber o direito. Vale dizer, é a partir da visão crítica que estabelecemos as premissas e os paradigmas que irão nos guiar na abordagem da hermenêutica constitucional. De posse desse

8 Ver COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995; HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

9 “Na discussão a respeito da *ideologia*, devemos precaver-nos contra dois riscos. O primeiro está representado pela tendência que temos de atribuir a nossos opositores a condição de ideológicos, na suposição implícita de que dispomos de um ‘ponto de Arquímedes’ que nos permita o acesso privilegiado à verdade absoluta. O ‘outro’ é que, não alcançando a ‘nossa’ verdade, teriam eles o pensamento distorcido por falsas noções, mistificadoras da realidade. O ‘outro’ é que não conseguiria atingir a ‘nossa’ verdade, tida como a única e, enquanto verdade, eternamente válida. É a marca do pensamento conservador. Tudo o que questiona a ‘realidade’, construída pelo pensamento conservador, é ideológico, no sentido de irreal, pois a visão conservadora supõe que nosso ‘mundo’ seja o único possível.” (SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 8-9)

10 “Por outras palavras, o conhecimento-emancipação tem de romper com o senso comum conservador, mistificado e mistificador, não para criar uma forma autônoma e isolada de conhecimento superior, mas para se transformar a si mesmo num senso comum novo e emancipatório.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 107)

11 WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988. p. 35.

12 “Isso significa que, do meu ponto de vista, deixou de ter sentido criar um conhecimento novo e autônomo em confronto com o senso comum (primeira ruptura) se esse conhecimento não se destinar a transformar o senso comum e a transformar-se nele (segunda ruptura).” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995. p. 168)

método interpretativo, é que é possível avançar em direção a esta. Vale dizer, a uma interpretação legislativa a partir da própria Constituição como se a Carta Magna fosse uma lupa por meio do qual se visualizasse todo o ordenamento jurídico. A metodologia nesse aspecto passa a se preocupar com a colocação do observador, não se admitindo quaisquer respostas que deixem de se guiar pelo necessário caminho da interpretação constitucional do objeto¹³.

E, por fim, utilizando-se da propedêutica da hermenêutica constitucional é que se estabelece as divisas e os avanços do controle de constitucionalidade como método a sanar a barreira imposta pela normatividade pragmática.

3 A LUPA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No anseio de respostas viáveis que proporcionem a efetividade dos direitos, salutar se enveredar pelos caminhos da hermenêutica constitucional e da constitucionalização legislativa. Vale dizer, todo o ordenamento jurídico somente pode ter validade quando visto do ângulo constitucional, o que rompe o obstáculo da necessidade de mudança das leis, para a necessidade da mudança de paradigma e mentalidade jurídica. Não precisamos de uma nova Constituição nem de novas leis, apenas de novos juristas – no sentido de novas concepções acerca do Direito.

Para o Professor Lenio Streck, a grande problemática acerca de uma hermenêutica constitucional é a conformação dos “operadores do Direito [...] com aquilo que é (e, portanto, estava) pré-dito acerca do Direito na sociedade brasileira”. Ou seja, diante de uma crise de paradigmas que colocam de um lado a doutrina e a jurisprudência sob “a perspectiva de um modelo liberal-individualista-normativista”, e de outro lado “o paradigma epistemológico da filosofia da consciência e o paradigma essencialista aristotélico-tomista”¹⁴.

Sem essa libertação, os mesmos “operadores do Direito” – ao invés de “agentes” – encontram-se presos em uma flagrante ignorância de apego excessivamente normativista ao texto infraconstitucional. Ou seja, não são capazes de compreender a significação de um texto supra, acima do restante do ordenamento, que deve ser tomado como paradigma para todo ele. E o problema, frise-se novamente, não está na Constituição, mas sim em seus “operadores”.

Como nos coloca Celso Bastos, “não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis [...] O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei”¹⁵.

13 Nesse sentido, salutareis as obras: STRECK, Lenio Luiz. Op. cit.; TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

14 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 52.

15 BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 101-102.

O equívoco interpretativo, para Streck, decorre de uma “baixa constitucionalidade”, capaz de não se fazer realmente efetivo o Estado Democrático de Direito. A negação, ou mesmo a omissão, no que tange aos fundamentos e preceitos constitucionais desalinha o Estado, fazendo crer que o Poder Constituinte não encontra seu exercício. Ausente se encontra a “luta pela interpretação dos direitos fundamentais”, como observa Alexy¹⁶.

Em verdade, encontramos-nos arraigados no modelo hermenêutico Liberal, num excesso de preocupação com o aspecto legal. Entretanto, como adverte André Ramos Tavares, na “concepção positivista formal, a Constituição será, doravante, fonte do Direito (constitucional) e também conjunto normativo que disciplina as demais fontes do Direito”¹⁷. Disso se supõe que os meramente legalistas, que visualizem a Constituição como uma Lei de maior alcance, se contradizem ao desobedecê-la. Isso porque, por ser mais abstrata do que as outras peças do ordenamento jurídico, necessita de uma interpretação mais extensiva. *Interpretar a lei a partir da Constituição* não é apenas modo, mas necessidade, sob a qual se funda toda a estrutura do ordenamento.

Todavia, por ser mais “clara” a lei infraconstitucional e por necessitarem de interpretação mais abrangente os princípios constitucionais, nutre-se a dificuldade que faz descrever na possibilidade de se adequar o objeto-lei ao modelo-constituição. Dessa maneira, os “operadores do Direito” estigmatizam o texto constitucional, vilipendiando-o na medida em que o afastam como qualquer outra coisa estranha à realidade. Os operadores pretendem legitimar a inconstitucionalidade da Constituição!

A fim de conferir adequada interpretação à Constituição, note-se ser o Brasil o único país no mundo em que se expressa o controle de constitucionalidade em duas esferas. Na primeira, difusa, decorrente, de sentença do juiz norte-americano John Marshall, no emblemático caso *Marbury x Madison*, é permitido a qualquer juiz, de forma incidental, discutir a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo para aquele caso concreto. Na segunda esfera, concentrada, derivada da criação kelseniana de 1920 para a Constituição Austríaca, na qual um Tribunal Superior é competente para discutir de forma direta a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo e competente, inclusive, para expulsá-lo do ordenamento jurídico.

Mas o controle de constitucionalidade é visto como um mal ao ordenamento, como um impossibilitador da manutenção das desigualdades perpetuadas em nossos textos legislativos¹⁸. É nutrido de “pré-conceitos”, ridicularizado, de conotação pejorativa e só há pouco tempo ganhou maior aplicabilidade, ainda tímida em relação às atrocidades do nosso ordenamento. Parece muito

16 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 51.

17 TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 133.

18 Como aponta o Professor Lenio Streck em referida obra, é o caso do Código Penal que pune com mais vigor os crimes contra a propriedade do que os contra a vida; ainda, o Código de Processo Civil, diante da diferença entre os procedimentos comum e especial (p. 54).

mais cômodo ver o novo como inconstitucional do que determinar tal situação ao que já reina soberano há tanto tempo nas mentes dos operadores.

Consciente do novo papel a ser exercido na Jurisdição Constitucional, adverte o Professor Luiz Guilherme Marinoni:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

[...]

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como ‘conformação da lei’.¹⁹

Autor de um dos temas de maior destaque na contemporaneidade constitucionalista, Peter Häberle defende a interpretação da Constituição por todos aqueles que a vivem. Incumbe esse processo a uma sociedade aberta, pluralista. Abandona-se a ideia de “sociedade fechada”, cuja interpretação constitucional é restrita aos juízes e englobada por procedimentos formalizados²⁰. Para Häberle, é pressuposto da democracia que a interpretação da Constituição seja feita com a participação do cidadão ativo e de potências públicas.

Segundo o autor:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.²¹

Esses participantes são, na pior das hipóteses, pré-intérpretes, subsistindo a última palavra interpretativa no âmbito da jurisdição constitucional. Mas dentro desta, o juiz não julga sozinho, sendo-lhe impossível isolar-se dos participantes do processo.

19 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45-46.

20 “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade ([...] *weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” (HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 13)

21 Idem, p. 15.

Somente em uma sociedade aberta, com atentos olhos para os dispositivos constitucionais no ordenamento jurídico, com um controle de constitucionalidade difuso e concentrado, é que se pode sustentar novos rumos ao processo. A interpretação a partir da Constituição está intimamente ligada à compreensão da mesma, de seu papel e de sua localização. A hermenêutica, ainda, não pode visar a uma única interpretação, muito menos estancá-la no tempo, adequando-se, certamente, o princípio no contexto, para que dessa forma não se recaia dentro da própria ideologia da legalidade pura²².

Entretanto, como leciona Streck, nas faculdades de Direito ainda reina a ideia de que as disciplinas formativas, tal qual a hermenêutica, constituem tão somente meio para se alcançar o verdadeiro Direito, de ordem dogmática. Ou seja, ao alcançar este, todo o aparato formativo é deixado de lado²³.

Não existe a percepção coletiva de que a noção de Hermenêutica Constitucional, bem como a de Jurisdição Constitucional, se alinha aos desígnios do Estado Constitucional-Social no que toca ao processo. Isso porque a interpretação a partir dos princípios e direitos fundamentais pode trazer garantias ao processo que até então se lograram “esquecidas”, como a igualdade, a motivação e a efetividade. Dela não se ocupa o “sentido comum-teórico” dos juristas, na expressão de Warat.

A importância da hermenêutica constitucional reside na propriedade, segundo André Ramos Tavares, da técnica da interpretação conforme a Constituição promover, ainda que parcialmente, “o fenômeno da constitucionalização do Direito”²⁴. Dessa forma, a lei deve ser enquadrada dentro das possíveis interpretações no âmbito constitucional, pois o contrário fundamentaria leis com objetos inconstitucionais através de uma técnica de adaptação da conveniência.

Diante desse quadro, com mais relevância, destaca-se o Título II da Carta Maior brasileira, a fim de conferir garantias individuais e coletivas aos indivíduos. Direitos e garantias a preço de sangue, frutos de um processo histórico de delimitação imprecisa e, sobretudo, expressão normatizada da Carta de Direitos Humanos.

Mas para que não se perca de vista, dilatando-se no tempo, a efetividade de tais garantias, urge a hermenêutica constitucional como instrumento para persecução de tais tutelas, associada ao controle de constitucionalidade das leis, bem como institutos mais recentes, como a súmula vinculante.

22 “A Constituição não é e nem pode ser um documento estático. É próprio da vida social o estar em constante mutação. Seus diversos aspectos (econômicos, políticos, culturais, morais, etc.) entrelaçaram-se para dar lugar a um amálgama de elementos que reciprocamente se estimulam no campo da evolução. O fenômeno jurídico não poderia ficar de fora. Mesmo quando ele não tenha condições de se antecipar ou de propiciar essa evolução, ele não pode deixar de, ao menos, acompanhá-la. São duas realidades que dialeticamente se inter-relacionam: a constituição formal e a material. Esta última acaba por configurar novas situações, e o Direito, na parte deste que nos interessa, a Constituição, não pode deixar de utilizar as vias pelas quais possa utilizar-se e pôr-se em dia com a realidade social.” (BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 129)

23 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 57.

24 TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 149.

A despeito de não ser nosso primordial objetivo discutir a natureza dos direitos fundamentais, seja enquanto valores ou princípios²⁵, sob pena de se perder o foco objetivado, resta-nos estipular, como pressuposto, a ideia de que os direitos fundamentais diferenciam-se dos humanos por sua natureza mais normatizada, não se negando, contudo, a possibilidade da existência de direitos fundamentais fora do rol do Título II ou mesmo fora do texto constitucional²⁶.

Acontece que a jurisdição no Estado Constitucional Social somente pode ter por escopo a defesa da tese segundo a qual o Judiciário tem como dever a tutela dos direitos sob a égide dos direitos fundamentais implícitos na Constituição Federal. De tal forma que a atividade jurisdicional só pode ser compreendida quando se tem por base a teoria dos direitos fundamentais.

A ampla composição dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 tem a sua lógica emplacada em mais de vinte anos de militarismo, tal qual as Constituições Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978. Embora suas críticas sejam as mais alongadas possíveis, mais precisamente na falta de melhor menção de alguns dispositivos por demais desconexos²⁷ ou no exagero constitucionalista de algumas regulamentações que poderiam ficar a cargo do legislador infraconstitucional, o balanço não poderia deixar de ser positivo, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet: “Os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito”²⁸.

Ademais, vale observar que a Constituição de 1967 sequer trazia a terminologia “direitos fundamentais”, limitando-se a uma “declaração de direitos” entre os arts. 145 e 159, sendo os arts. 153 e 154 os responsáveis pelos “direitos e garantias individuais”. Além disso, mesmo a colocação espacial no texto constitucional, ao final, já denota a preocupação com tais direitos dentro do regime militar. Ao contrário, a Constituição de 1988, logo após traçar as delimitações e a configuração do Estado nacional no Título sobre os “princípios fundamentais”, já escancara os direitos fundamentais, como se servissem de referência para a leitura do restante do texto constitucional. Vamos além: como se se prestassem à leitura de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Mais uma vez demonstra-se a lupa constitucional do Direito.

25 Ver ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 542.

26 Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

27 “O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo constituinte.” (Idem, p. 69)

28 Idem, p. 76.

Assim, uma vez positivados, a preocupação que passa a se ter é com a tutela e com a efetividade de tais direitos. Pois, como observou, ainda em 1986, Oscar Dias Corrêa, acerca da ilusão da “panacéia milagrosa” da Constituinte:

Quem se dispõe a *mudar*, e prega a *mudança*, como forma de solução dos nossos graves problemas, diga, *pelo menos, o que, como, quando e para que* pretende mudar, a fim de que se possam julgar não só as intenções e propósitos, como as *soluções*.²⁹

Observou Eros Grau, antes mesmo da elaboração da nova Carta: “Cumpre-nos, pois, desmistificar a Constituição, conferindo imediata eficácia e aplicação a suas disposições, inclusive às ditas programáticas”³⁰. Constituição não é mera carta de intenções; modelo sobre a qual o Estado na medida do possível irá se guiar. Constituição é compromisso. É dívida perante a sociedade da tutela dos direitos por ela instituídos.

Nesse sentido, acerca da Constituição portuguesa, Vieira de Andrade assim se manifestou:

Os direitos e liberdades não se bastam já com a sua proclamação formal: a experiência de liberdades que, por ausência de regulamentação jurídica ou por falta de condições de facto, não podiam concretizar-se leva a que da consagração dos direitos se deduza também a obrigação para o Estado de criar as condições objectivas indispensáveis à efectiva realização prática desses direitos. Sobretudo por influência das críticas socialistas, tende a abandonar-se o conceito de *liberdades abstractas* em favor do de *liberdades concretas*.³¹

Urge necessário, por óbvio, que se disponibilize instrumentária suficiente para conceder tutela a tais direitos. A guarida deles, ou seja, sua efetividade, depende, sobretudo, da utilização de meios que propiciem alcançar as finalidades de tais princípios.

O primeiro desses meios é o próprio acesso aos Tribunais para reivindicar um direito que não é atendido espontaneamente pelo Estado. Esse direito é o da prestação da tutela jurisdicional – que se presta a tutelar não só os direitos fundamentais, como todo e qualquer direito. Mas não somente uma tutela jurisdicional, e sim aquela que é adequada para a persecução de cada direito que se pleiteia³². Salienta Canotilho: “Como conteúdo *constitucional* e *internacional mínimo*, exige-se que a *proteção jurisdicional* não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma *determinação legal* da via judicial adequada”³³; e tampouco que sua colocação seja “vaga e imprecisa”. Essas anotações se aproximam muito do conceito de ação conforme orientação já anteriormente esposada.

29 CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da constituição, a constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 102. Em crítica à constituinte, importante consultar: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Idéias para a nova constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.

30 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 45.

31 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 53.

32 Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

33 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 465.

Além disso, é preciso que tal tutela se preste a dar efetividade ao Direito, não bastando que dela decorra um processo que diga ser legítimo ou não tal pleito, a não ser que o resultado perquirido se baste nessa questão³⁴. Assim, afora estes casos, uma tutela que cuide apenas de “dizer o direito” não se encontra em consonância com o dever de prestar a tutela efetiva por parte da jurisdição no Estado Constitucional-Social.

E quando se fala em tutela dos direitos fundamentais é ocasional ressaltar que não se trata simplesmente de defender direitos postos da ameaça de nova legislação, como nos casos de ação direta de inconstitucionalidade. Na verdade, como bem lembra Vieira de Andrade, a “tutela jurídica dos direitos fundamentais realiza-se, portanto, através de todos os ramos de direito”³⁵. Vale dizer, a observação da tutela efetiva e adequada dos direitos fundamentais estende-se por todo o ordenamento jurídico, culminando numa proteção generalizada, traçando as delimitações do ramo pretendido e do caso concreto; assim como o mandado de segurança pode servir tanto no aspecto cível como no criminal.

Nesse aspecto, é cediço que a prestação da tutela jurisdicional ao cidadão é direito fundamental, esculpida no inciso XXXV do art. 5º da nossa Carta, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão ao direito”. O seu fundamento é óbvio, diante do monopólio da jurisdição e da proibição da autotutela.

No entanto, a jurisdição no viés constitucional, afora os casos supracitados, não pode se limitar tão somente ao “dizer o direito”. Como assevera Luis Roberto Barroso: “A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem jurídica, quando vulnerada”³⁶, entendendo-se no caso tanto a lesão quanto a ameaça. Canotilho vai além, ao comentar a Constituição Portuguesa:

Note-se que o “direitos de acesso aos Tribunais” colocado em epígrafe no texto anterior da Constituição foi agora substituído pelo *direito à tutela jurisdicional efetiva*. Visa-se não apenas garantir o acesso aos tribunais mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de *jurisdictio*.³⁷

E não é outro o sentido do inciso LXXVIII, adicionado ao art. 5º pela Emenda nº 45: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os meios que garantam a *celeridade* de sua

34 “Dar tutela a um direito nada mais é do que lhe outorgar proteção. Mas, exceto quando o autor postula uma sentença declaratória da existência ou da inexistência de uma relação jurídica ou a constituição ou a desconstituição de uma situação jurídica (sentença *desconstutiva*), e, assim, além da sentença não é necessária qualquer *atividade de complementação da prestação jurisdicional*, não há como admitir que a sentença é *suficiente* para o juiz se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 112)

35 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 313.

36 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 117.

37 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 405.

tramitação”. Ainda Canotilho: “A protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma *protecção eficaz e temporalmente adequada*”³⁸, pois do contrário não faria sentido a sua prestação.

Marinoni observa, no entanto, que o direito da prestação da tutela jurisdicional efetiva recai sobre o legislador e sobre o juiz ao mesmo tempo. Mas, tendo-se em conta a ingenuidade em supor que o legislador atenda aos reclames de viabilizar meios de se produzir um processo mais célere, essa função acaba tendo de ser cumprida pelo juiz, no caso concreto³⁹. O que não se admite é que este se escuse de tal obrigação, acusando a ausência de leis que viabilizem o cumprimento do direito fundamental, pois, como observamos, tal direito deve ser efetivado por si próprio, mesmo não havendo legislação correlata a ele.

De posse dessa noção de poder é que o juiz pode buscar a adequada técnica processual, sempre embasado nas exigências do caso concreto e com olhos atentos para a constitucionalidade de tal medida⁴⁰.

Enfim, a compreensão da atividade jurisdicional como direito fundamental já não mais alcança limite na sua prestação dentro dos limites das leis processuais e com finalidade de se “dizer o direito” por meio de uma sentença. Essa noção já restou em muito ultrapassada, seja pelo fato de o direito requerer atitudes maiores do que a simples ideia de “ter o direito”, buscando-se conferir real efetividade para tal direito, no sentido de lhe conceder o bem último, o próprio objeto-fim da lide; seja porque as leis processuais não podem ser interpretadas em desconformidade com o texto constitucional apenas por serem mais específicas. Para se ultrapassar tal obstáculo, o juiz de hoje é dotado de poderes que o permitem tanto suprir a lacuna que impossibilita a realização do direito – no quadrante da adequação e necessidade –, como declarar no todo ou em parte a inconstitucionalidade de dispositivo processual em contrariedade ao direito fundamental da tutela jurisdicional efetiva.

Um meio hábil de se garantir a nova leitura da tutela processual é o controle de constitucionalidade, seja por meio concentrado, muito mais eficaz, seja por meio difuso, na qual a responsabilidade recai sobre cada juiz. A grande ênfase, no entanto, do controle de constitucionalidade no tocante à tutela processual é que ele deve se prestar não só a declarar a inconstitucionalidade de lei, ou de parte dela, bem como indicar qual é a interpretação constitucional, mas

38 Idem, p. 466.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 114.

40 “Por outro lado, o legislador está consciente, hoje, de que deve dar aos jurisdicionados e ao juiz maior poder para a utilização do processo. É por isso que institui normas processuais abertas (como a do art.461 do CPC), ou seja, normas que oferecem um leque de instrumentos processuais, dando ao cidadão o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta. O legislador, ao fixar tais normas, parte da premissa de que, por ser impossível prever todas as necessidades futuras e concretas, é imprescindível dar poder aos operadores do Direito para a identificação e a utilização dos meios processuais adequados às variadas situações [...]. Além disso, as necessidades do caso concreto podem reclamar técnica processual não prevista em lei, quando o juiz poderá suprir a omissão obstaculizadora da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional mediante o que se pode denominar de técnica de controle da inconstitucionalidade por omissão.” (Idem, p. 116)

também, em virtude de omissão, apresentar o meio hábil que, por não ser codificado, impede a tutela jurisdicional. A omissão legislativa danosa não pode ser empecilho para a tutela necessária e nem escusa para a omissão do juiz⁴¹.

Assim, é que a hipótese se levanta acerca do controle de constitucionalidade guiada precipuamente pela leitura dos direitos fundamentais como meio necessário de interpretação em relação ao ordenamento, com vistas a conceder ao jurisdicionado a tutela que se amolde à necessidade que seu direito exige⁴².

Em sua obra *Teoria geral do processo*, o Professor Marinoni chama a atenção para o controle difuso de constitucionalidade, exercido por todos os juízes do território nacional no caso concreto.

Essa ideia retoma a noção de jurisdição constitucional, concedendo ao juiz poderes que lhe permitem cuidar do Direito, não ser mais mero fantoche da lei, ainda que no controle incidental a eficácia alcance somente as partes. Isso não impede que a lei, em outro caso concreto, seja considerada constitucional. Ela continua a valer enquanto acerca dela não for julgada deferida ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, excluindo-se essas ocasiões mais raras e tendo-se em conta a proximidade do juiz de 1º grau com as partes, não pode ser negada a sua importância prática no processo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. De se ver, ainda, que a edição de súmulas exige reiteradas decisões sobre a mesma matéria e aprovação de dois terços dos ministros do Supremo. E, ainda, as limitações são muitas para se alcançar o STF em recurso extraordinário. Isso sem contar o aspecto temporal da questão. Além de os casos decididos, incidentalmente, com efeito *erga omnes* não serem tão comuns, mas apenas quando existe tal necessidade. Dessa forma, sobreleva-se a função do juiz singular no controle incidental de constitucionalidade.

Cumprе lembrar que o juiz singular pode agir sobre a lei inconstitucional de duas formas: declarando-a inconstitucional, no todo ou em parte, seja, neste último caso, prevendo-lhe uma única interpretação conforme a Constituição ou indicando serem inconstitucionais determinadas interpretações; ou, então, suprimindo omissão que torne o texto inconstitucional, com vistas a exercer a tutela jurisdicional efetiva que lhe foi incumbida. Este é um papel fundamental diante da omissão legislativa que deixe de garantir a tutela efetiva em tempo razoável.

41 “Nesse sentido, vale lembrar o dizer de Jorge Miranda, para quem o Direito Público passou por uma revolução *copernicana*, ou seja, a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatorii* a uma fase em que se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações de vida – não resultou só em mudanças do regime político ou da idéia de Constituição. Resultou, sobretudo, no aparecimento de uma justiça constitucional, como tal estruturada e legitimada.” (STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 31)

42 Ver CLÊVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

Mais uma vez é de se ressaltar: a relação entre a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade difuso é bastante estreita. Por meio do controle de constitucionalidade difuso, qualquer juiz não só pode, mas deve, controlar a constitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto, gerando entre as partes os efeitos necessários para a adequada e efetiva tutela jurisdicional.

Por outra banda, a nova configuração do controle de constitucionalidade permite visualizar o papel preponderante concedido ao controle abstrato e, conseqüentemente, ao STF, como órgão político decisivo acerca da constitucionalidade legislativa, já que, além de ser órgão de última instância no que concerne a questões constitucionais dos casos concretos, é competente “para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas”⁴³.

Nesse sentido, urge-lhe o poder-dever de declarar a inconstitucionalidade, seja por qual meio for, de lei ou ato normativo que, no presente caso, vá de encontro à necessidade de uma tutela efetiva, como constitucionalmente garantida.

A diferença, no entanto, neste caso, e que confere maiores valorações aos institutos do controle incidental – seja pelos juízes do território nacional ou mesmo pelo STF – e da súmula vinculante, é que não lhe cabe suprir a omissão legislativa. Isto porque no controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade por omissão não tem o condão de criar a lei faltante, mas tão somente de declará-la nesta condição ao Legislativo, para que este, sem qualquer punição, tome as devidas providências.

Nessa razão, urge repensar o controle concentrado por omissão – o que não é objetivo do presente trabalho – no sentido de viabilizar efetividade às leis faltantes e que, por sua vez, emperram a tutela efetiva.

Todavia, como uma alternativa às impossibilidades do controle por omissão, tema espinhoso tem ganhado bastante relevo. Trata-se da possibilidade dos efeitos vinculantes no controle incidental realizado pelo Pretório Excelso.

Num primeiro momento, via de regra, tais efeitos não decorreriam, naturalmente, do acórdão pretoriano.

Contudo, uma lógica irrefutável nos inclina cada vez mais nesse sentido. Ocorre que o Supremo, sendo última instância nas discussões constitucionais, tem o condão de apaziguar as questões latentes que ali chegam. Constituir-se-ia uma abreviação ao caminho necessário da lide se o STF já se manifestasse sobre a questão por antecedência, em interpretação de caso análogo, impedindo que até lá se chegue para ouvir exatamente aquilo que já se disse anteriormente. É medida que viabiliza a tutela jurisdicional efetiva, impedindo o dispêndio desnecessário de tempo em instâncias judiciais inferiores.

O Ministro Gilmar Mendes assim coloca a questão:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões

43 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 20.

proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.⁴⁴

Ainda, contornando tal premissa, a necessidade de repercussão geral ao recurso extraordinário nada mais é do que a busca por uma verticalização legislativa, de forma a solver com maior antecedência possível as interpretações dos casos concretos análogos.

Nesse aspecto, salutares as colocações de Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni:

Esses mecanismos processuais visam a compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais.

Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos Tribunais Superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.

É nessa mesma quadra que se engasta, em determinada perspectiva, o instrumento da repercussão geral no direito brasileiro. Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre, constante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional.⁴⁵

Acontece que, em outros modelos de jurisdição constitucional, como o estadunidense, as decisões tomadas pela Suprema Corte servem de embasamento a todas as decisões pátrias, criando precedentes que assegurem os princípios fundamentais do Direito. Em outras palavras, existe uma certa expectativa das decisões, desde que lhes haja precedentes garantidos pela *Court of Law*.

Contudo, no direito supracitado não há o controle concentrado da constitucionalidade legislativa, sendo tal medida realizada no caso concreto. Mesmo assim, assegura a Suprema Corte que das suas decisões aferindo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis tenha aplicação a todos os casos, servindo de precedente jurídico.

44 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 269-270.

45 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

É importante que se tenha em mente que a interpretação constitucional realizada por um Tribunal Superior não possui o condão de desvirtuar o controle de constitucionalidade realizado pelos juízes e tribunais inferiores.

Em verdade, segundo nos parece, ambas medidas laboram, concomitantemente, na observância da constitucionalidade acima de qualquer outra medida. Não poderia se admitir, de outra maneira, que num Estado Constitucional de Direito a Constituição fosse meramente papel ou que todos os seus dispositivos se vertessem em simples utopia. Ainda, seria desastroso que o ordenamento jurídico inferior à Carta Constitucional tivesse o poder de lhe contrariar, seja por uma questão de lógica hierárquica (formal), seja por uma questão de valoração dos direitos expostos na Constituição (material).

Desta feita, o papel do Tribunal Constitucional pátrio é de discutir questões de foro constitucional que possuem repercussão geral. E é exatamente esta repercussão que confere embasamento à sustentação da ideia de que as decisões constitucionais tomadas pelo Supremo, incidentalmente, devem ter seus efeitos expandidos a fim de abranger, interpretativamente, todos os casos análogos.

Vale dizer, a repercussão geral confere o selo de autenticidade da importância da questão constitucional discutida, razão pela qual careceria de sentido aplicar estes efeitos para apenas um caso. Tanto é que na repercussão geral, após a decisão concreta, surtem os efeitos para todos os casos análogos que aguardaram junto aos Tribunais aquela decisão.

Ao depois, esta medida fortalece o controle de constitucionalidade incidental, seja para as questões de repercussão geral junto ao Supremo, seja para as questões constitucionais de somenos importância nos Tribunais, como na cláusula de reserva de plenário, ou pelos juízes de primeira instância. Evidente que para estes as questões constitucionais discutidas não possuem a mesma repercussão do que aquelas que chegam ao Pretório Excelso, mas o poder-dever de controlar a constitucionalidade das leis subsiste sempre, seja para aplicar interpretação do STF, seja para realizar a própria análise no caso concreto.

Até mesmo porque o controle de constitucionalidade do Supremo via incidental não tem aplicação automática aos casos concretos. Dependerá sempre da análise dos tribunais e juízes inferiores acerca da compatibilidade daquela interpretação e o estudo de caso.

Como decorrência lógica do exposto, com o controle incidental, torna-se possível ao Supremo, no caso concreto, solver as omissões legislativas que impedem a efetivação da tutela jurisdicional em tempo razoável, sem descuidar de todas as garantias inerentes ao processo, mas desfazendo-se de tudo aquilo que é desnecessário ao mesmo.

E, por via de consequência, ao vincular seus efeitos aos tribunais e juízos inferiores, é evidente que, após a devida comparação interpretativa, deve-se contornar a omissão legislativa e conferir a devida tutela dos direitos.

Ainda nessa linha, a Emenda nº 45 trouxe novidade ao sistema jurídico pátrio ao instituir no art. 103-A da Constituição Federal, a súmula vinculante, segundo a qual, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, o STF pode por dois terços de seus membros aprovar súmula que vincula todos os órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta. Vale dizer, instituiu-se a possibilidade do controle incidental no STF mediante a aprovação de súmula fazer gerar efeitos a todos.

Importante salientar que a súmula vinculante somente faz sentido “após reiteradas decisões” de casos análogos, o que nos permite, logo em primeiro plano, concluir que seu principal objetivo é apaziguar as tensões sociais decorrentes das diversas interpretações jurídicas sobre determinado tema de natureza constitucional.

Dessa forma, se alinha ao exposto anteriormente acerca do controle incidental realizado pelo Supremo. A diferença é que seus efeitos vinculantes não decorrem de uma construção doutrinária e sim de dispositivo claramente exposto na própria Constituição.

Não vemos dificuldade, diante disso, em admitir que a súmula de caráter vinculante possa versar sobre tema que possibilite a busca da tutela jurisdicional efetiva e em tempo razoável, inclusive para suprir a ausência legislativa. Aliás, com muito mais razão e solidez do que no controle incidental de efeitos vinculantes.

É evidente que direitos sem garantias não podem subsistir. E, mais do que isso, as garantias estão vinculadas diretamente à possibilidade de instrumentalização do Judiciário para garanti-los, independente de vontade política e legislativa. Se tal construção decorre de expressa disposição constitucional ou se decorre de construção doutrinária pouco importa, contanto que essa se poste frente à lupa constitucional para concluir a maneira de se instrumentalizar a garantia. Não se trata mera e simplesmente de sobrelevar-se ao texto legal, pois, acima deste e do jurista, deve estar sempre a Constituição, essa sim o parâmetro e o ponto de vista de todo o observador do ordenamento pátrio.

CONCLUSÃO

A jurisdição não pode ser mais explicada no direito contemporâneo pelas “antigas” lições da processualística italiana, remetendo-nos à necessidade de uma adaptação temporal e substancial no conceito. Urgiu como desafio, nesse sentido, tentar explicar como seria fundada essa concepção moderna da atividade jurisdicional.

Nesse intuito, lançamo-nos ao estudo dos direitos fundamentais, pois, como assevera Luiz Guilherme Marinoni, “quando se afirma que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos se quer dizer que a jurisdição tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos *direitos fundamentais*, fazendo sempre o *resgate*

*dos valores substanciais neles contidos*⁴⁶. Vale dizer, o juiz deve, ao aplicar o direito, beber da fonte dos direitos fundamentais para iluminar a sua decisão.

Para isso é que o juiz está dotado de poderes, como o controle de constitucionalidade, pelo qual deve expurgar uma lei eivada de inconstitucionalidade e em confronto com os direitos fundamentais, além, obviamente, de dever suprir uma lacuna que, por si só, já reflete o vício inconstitucional, pois o “juiz tem o dever de utilizar o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material”⁴⁷. É importante a lição de José Frederico Marques:

Sobrelevando às leis ordinárias na hierarquia das fontes normativas do Direito, a Constituição é o guia supremo dos juízes e Tribunais, e sempre os obriga a impedir e vetar (*judicial veto*) a aplicação da regra legal em antagonismo com preceito constitucional.

Todos os juízes e Tribunais, que compõem o Poder Judiciário, estão investidos do controle jurisdicional da constitucionalidade da lei e de ato do Poder Público. Isso significa que se encontra imanente a toda e qualquer atividade jurisdicional da justiça ordinária ou das justiças especiais a *jurisdição constitucional*, pois que assim deve ser denominada a aplicação de normas constitucionais pelo Judiciário, quando deva compor conflitos litigiosos de interesses.⁴⁸

Além disso, é saliente a noção de que a tutela jurisdicional não mais pode se prestar a “dizer o direito”. A atividade criativa do juiz, que envolve todo um aspecto axiológico da questão, não se presta somente a conhecer o direito que deve ser protegido. A função jurisdicional deve efetiva, adequada e tempestivamente proteger o direito! Como salienta, mais uma vez, o Professor Marinoni: “Ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se igualmente pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição”⁴⁹.

Nessa linha, o acesso à justiça, noção tão bem trabalhada por Garth e Cappelletti⁵⁰, não quer dizer alcançar o Judiciário, mas sim que este sirva àquele que lhe tem a pretensão com uma tutela do seu direito. Do contrário, não haveria qualquer sentido na tutela jurisdicional, remetendo-nos a crer que a busca por soluções adviria da autotutela. Como salienta Athos Gusmão Carneiro: “Nos Estados nacionais modernos, a jurisdição é uma das expressões da soberania do Estado, e é exercida em nome do povo (CF, art. 1º, parágrafo único, da CF)”⁵¹.

Além disso, é salutar lembrar que a jurisdição constitucional deve estar pronta aos novos reclames sociais, sobretudo às tutelas difusas, coletivas e ho-

46 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 138.

47 Idem, p. 133.

48 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1986. p. 73.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 138.

50 Ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 9-13.

51 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 4.

mogêneas, “reconhecendo-se direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada”⁵²: “O Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional prometida pelos direitos – transindividuais ou individuais”⁵³.

Quando se afirma que o Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional, quer-se dizer que deve estar atento às novas reivindicações. A sociedade em mudança não pode ser empecilho para a prestação da tutela jurisdicional. Muito pelo contrário, deve ser o seu motor propulsor.

Instrumentalizando a tutela, sempre visualizada do ponto de vista do direito fundamental à tutela efetiva e em tempo razoável, urge o controle de constitucionalidade em seus diversos meios de realização como necessária para garanti-la, seja conferindo interpretação aos dispositivos legais, seja dando guarda a direitos ignorados pela legislação.

Assim é o quadro de uma jurisdição constitucional. O juiz, ao decidir, guia-se pela Constituição, sobretudo pelos direitos fundamentais, e entre estes o direito à tutela jurisdicional efetiva. A jurisdição constitucional não pode corresponder de maneira alguma com a concepção montesquiana do Judiciário “boca-da-lei”. Deve adequar o direito ao caso concreto, sempre à luz da Constituição, inclusive para dizer que o direito não pode ser considerado válido; e, ao final, efetivar a tutela dos direitos, concedendo-os, na medida de sua necessidade, em tempo hábil para que o direito não escorra pelas mãos do autor como se grãos de areia fossem. Como indica o constitucionalista cearense Paulo Bonavides: “É hora de fazer navegar o barco constitucional”⁵⁴.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

52 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 723.

53 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 135.

54 BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993. p. 243.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da constituição, a constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ideias para a nova constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.