

OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO OS PADRÕES DE UMA FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIALISTA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

José Arildo Valadão de Andrade[†]

Resumo: O Judiciários, diante das sensíveis e substanciosas transformações verificadas na sociedade do pós guerra, foi guindado para o núcleo do debate político para assumir a sua quota parte de responsabilidade na estrutura democrática, resgatando a substância da lei e suprimindo o déficit de legitimidade dos demais poderes constituídos. A justiça constitucional é a maior expressão dessa nova responsabilidade do judiciário, principalmente, em sua vertente substancialista comprometida com a realização dos direitos fundamental. Divisa-se a absorção da lei pelo Direito Constitucional e com isso uma nova reformulação do controle incidental de inconstitucionalidade. Essa concepção atinge profundamente o perfil do recurso extraordinário redirecionando-o para a defesa objetiva do texto constitucional, assegurando-se a unidade e integridade da Constituição

Palavras-chave: Jurisdição constitucional – Justificação substancialista - Controle incidental de constitucionalidade – Excepcionalidade do recurso extraordinário — Defesa objetiva da ordem constitucional - Tutela objetiva dos direitos fundamentais.

[†] Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas-FGV. Advogado da CODESA. Advogado. Assessor Jurídico Municipal.

Abstract: The Judiciary, given the sensitive and substantial changes in our society of the postwar period, he was hoisted to the core of political debate to take its share of responsibility in the democratic framework, rescuing the substance of the law and meeting the deficit of legitimacy of the other branches constituted. The constitutional justice is the greatest expression of this new responsibility of the judiciary, especially in his shed substantialist committed to the achievement of fundamental rights. Currency is the absorption of the law by constitutional law and with it a new reformulation of incidental control of unconstitutionality. This concept reaches deep into the profile of the extraordinary appeal redirecting it aims to defend the constitutional text, ensuring the unity and integrity of the Constitution.

Keywords: Constitutional jurisdiction - substantial justification - Incidental Control of constitutionality - Exceptionality's extraordinary appeal - Defense objective of the constitutional order - Guardianship objective of fundamental rights

Sumário. 1 Apontamentos sobre Jurisdição Constitucional. 2 A Saída Substancialista: Justificação da Jurisdição Constitucional. 2.1 Justificação substancialista da justiça constitucional. 3 Ambiência Do Recurso Extraordinário no Constitucionalismo Moderno. 4 Excepcionalidade do Recurso Extraordinário. 5 Recurso Extraordinário e a Defesa Objetiva dos Direitos Fundamentais. 6 Considerações Finais. Referências.

Summary. 1 Notes on Constitutional Jurisdiction. 2 The second output substantially: Justification of Constitutional Jurisdiction. 2.1 Substantial justification of constitutional justice. 3 Ambience Resource Extraordinary in Modern Constitutionalism. 4 Exceptionality of the extraordinary appeal. 5 Extraordi-

nary Appeal aims and Defense of Fundamental Rights. 6 Final Considerations. References.

1 APONTAMENTOS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL



nossa Constituição Cidadã, como afavelmente alcunhada pelo pmdebista Ulysses Guimarães, institui, de fato, um Estado Democrático de Direito. Isso fica, destacadamente, claro, no preâmbulo e nos artigos 1º, 3º e 4º. O predicativo ‘de Direito’ ao lado do Estado Democrático não está ali por acaso, e sim consiste em indicativo de que o Estado Democrático brasileiro se erige nas dobras do constitucionalismo. Ou seja, num Estado Constitucional, que ao lado de conter, eventuais, excesso dos detentores do poder político, assegure os direitos fundamentais dos cidadãos, assim como, proclame a Constituição como fundamento de validade de toda ordem jurídica.

Assim, é ponto bem assente que a Constituição Brasileira de 88 ocupou-se, logo, no art. 1º, em proclamar o Estado Democrático de Direito.¹

Não obstante, campeia no Brasil o vezo de olvidar-se que o Estado Democrático Brasileiro, por opção do Constituinte originário, está entretecida as peias do constitucionalismo, ou seja, aos limites impingidos pela Constituição, a fim de legitimar maiorias ocasionais, principalmente, as estabelecidas nas Casas de Leis. Assim, pretendeu-se superestimar o papel do Poder Legislativo, o que pelo menos de fato, provocou, como não poderia deixar de ser, uma quebra parcial do Estado de Direito, no sentido de Estado Constitucional.

Oreste Ranalletti define o Estado de Direito como “aque-

¹ “CF, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”

le que disciplina com regras jurídicas, na maior medida possível, sua própria organização e atividades nas relações com os cidadãos e assegura, através do direito, a atuação em relação a si próprio, mediante institutos jurídicos adequados”.²

Cabe, nesse ponto, uma advertência. Geralmente, o Estado de Direito é confundido com Estado Constitucional. Essa superposição a rigor não é correta. “De feito, nos Estados simplesmente *de Direito*, os atos do Executivo e do judiciário estão submetidos ao princípio da legalidade e, nesta medida, não se encontra à mercê do soberano (como nos *Estados Absolutos*).”³ Nessa hipótese, o legislativo ficaria livre a para atuar a seu bel-prazer, di-lo, dessarte, que em tais Estados, o absolutismo do Príncipe é substituído pelo absolutismo do Legislativo.

Sieyès, cujo pensamento é a fundação dos momentos iniciais da Revolução Francesa, embora defenda o poder da maioria, vaticinava que “mais cedo ou mais tarde vai ser preciso que todas as classes se contenham nos limites do contrato social”.⁴ Com isso pretendeu o autor, considerando a idéia de Supremacia da Constituição, estabelecer um modelo dual de democracia. Uma fundeada numa Constituição, resultada da vontade da própria nação; e, outra, baseada na legislatura ordinária. Assim, ao mesmo instante que se garante a realização do ideário democrático, através do poder constituinte, o modelo é capaz de salvaguardar os direitos fundamentais estipulados na Constituição e conter eventuais abusos da maioria. Desse modo, a supremacia da Constituição bandeirada por Sieyès culminou, hodiernamente no pós-positivismo, no processo de Constitucionalização do Direito, e, conseqüentemente, na noção de juris-

² RANELLETTI, Orest. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 1ª ed., Milão, Giuffrè, 1948, p. 140 (tradução livre).

³ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 380.

⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Braguesa: que é o terceiro estado?*. Trad. de Norma Azeredo. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1986, p. 100.

dição constitucional.

Acertadamente, Hermes Zaneti Júnior, destaca que a principialização da Constituição, vertendo para seu ventre princípios de direito natural, como o direito a vida, à dignidade da pessoa humana, ao devido processo legal, etc. aliada a uma renovada postura de unificação do ordenamento jurídico, conduziu a Constitucionalização do Direito. Portanto, “todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme a Constituição) ou não é direito”.⁵

A Constitucionalização, desse modo, tem por escopo render o direito positivo aos fundamentos de validade sorvidos constitucionalmente, espraiando para o sistema jurídico os valores constitucionais. “Essa difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para a atribuição de sentido às normas jurídicas em geral”.⁶

Entre nós, pois, o Estado Democrático não pode ser analisado sem o respaldo do Estado de Direito; e o Estado de Direito, por sua vez, deve iluminar a concretização do Estado Democrático. Ora, é justamente na Constituição, com seus magnos princípios, que se apóia o Estado Democrático de Direito, e, acrescenta-se, essa tensão aparente entre Democracia e Constituição é condição de sobrevivência azada do Estado Democrático.

Robert Alexy, por essa embocadura, aponta as duas diferentes concepções semeadas na teoria do direito, trata-se do constitucionalismo e o legalismo.⁷ No primeiro modelo, que

⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 54.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.382.

⁷ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico y razón práctica*. In: *El concepto y validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 159.

nos interessa, o autor o identifica o sistema jurídico pela superposição não só de regras mas como, também, de princípios, segundo os quais expressam uma irradiação de valores substanciais por todo o ordenamento jurídico.

Na mesma linha acentua Paulo Bonavides que “as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo ordenamento jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁸

Realmente, essa hegemonia de princípios transportados para as constituições modernas e para a metodologia constitucional irá justificar a própria jurisdição constitucional.⁹ Isso porque somente se sobrelevar os princípios, pautados por critérios de justiça, a categoria normativa é possível as Cortes Constitucionais, no exercício da jurisdição constitucional, confrontarem atos normativos produzidos por legislativos eleitos pelo voto popular.

Ronald Dworkin já manifestava essa inquietação ao destacar a importância dos princípios na legitimação da jurisdição constitucional, *in verbis*:

El problema del constitucionalismo tan delicado políticamente, es un problema de la legitimidad.? Por qué los representantes electos de la mayoría han de verse alguna vez incapacitados para promulgar leyes que les parecen justas y eficientes? Pero una cuestión relacionada con esta es también un problema para la parte conceptual de una teoría jurídica. (...) Es obvio que esta cuestión incide sobre otras, referentes a la legitimidad y la jurisdicción. Si los principios polí-

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 237. Sobre o tema conferir, ainda, Lênio Luiz Streck, para quem: “A Constituição brasileira, como a de Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo, em que pese o seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais”. (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002, p. 361).

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 218.

*ticos incorporados en la constitución son derecho, entonces la autotidad de los jueces para decidir sobre lo que exige la constitución queda confirmada (...).*¹⁰

Dessa forma, Dwokin é capaz de legitimar a jurisdição constitucional fundamentando com base em argumento de princípio, uma vez que num caso difícil (*hard cases*) o magistrado, muitas vezes não reuni condições jurídicas suficientes para aplicar uma regra, mas, ao revés, deve aplicar um princípio que de igual forma coexiste com as regras na compostura do sistema jurídico. Portando, o juiz não estaria criando direito, porém aplicando direito preexistente no ordenamento jurídico.

Nessa esteira, a noção de jurisdição constitucional, colmatada por princípios constitucionais, se aproxima do ideário de reserva de justiça, que na feliz expressão de Oscar Vilhena Vieira, constitui “um núcleo básico que organiza os procedimentos democráticos, como mecanismos de realização da igualdade política e do qual possam ser derivadas as liberdades, garantias legais, inclusive institucionais, e os direitos às condições materiais básicas”.¹¹

O que se verifica, de fato, é que o Estado de Direito preparou o Estado Constitucional, como argutamente captou Linares Quintana: “A concepção do Estado de Direito – cuja idéia central é da sujeição e do acomodamento do Estado de Direito – influi decisivamente na formação do constitucionalismo contemporâneo”.¹²

No mesmo sentido se manifestou Agustín Gordillo:

Deste modo, o que se entendeu ser a máxima aspiração do passado, a submissão dos particulares à lei, ainda que de modo algum se deva nem se possa abandonar, fica de todos os modos relegado como uma etapa mais na evolução . Já não

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997, p. 32-33.

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 230.

¹² LINARES QUINTANA, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. 1ª Ed., t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 90.

basta que a Administração esteja submetida à Lei, mas também necessário que a lei esteja submetida à Constituição, que haja uma ordem jurídica superior ao próprio legislador, superando assim o dogma da soberania popular, representada no Parlamento, e passando à representação da soberania do povo na Constituição.¹³

Portanto, para o objetivo deste ensaio, quer-se com Estado de Direito referenciar-se ao Estado Constitucional. Nele a Constituição é a Leis das Leis, é o fundamento de validade de toda ordem jurídica nacional, submetendo não só os Poderes Executivos e Judiciário mas, também, o Poder Legislativo.

No Estado Constitucional a Constituição disciplina a condição do indivíduo frente ao Poder Público, conferindo-lhe um campo privativo, que o coloca a salvo das investidas não só do Executivo, do Judiciário e do Legislativo, como, principalmente, das maiorias efêmeras, circunstancialmente, detentoras do Poder Político, resguardando, assim, o interesse das minorias; e como se sabe o Estado Democrático pressupõe a existências de minorias, que na virada do jogo democrático podem, eventualmente, se tornarem maiorias.¹⁴ Dessarte, o Estado Constitucional proporciona a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado Democrático, impondo ao juiz constitucional, nesse aspecto, a função de assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.¹⁵ Eis, portanto, um dos instrumentos de limitação do poder político no regime democrático, qual seja, a jurisdição constitucional.

Assim, conforme nos ensina Cláudio Pereira de Souza Neto, a democracia não se caracteriza tão só por regras, tal

¹³ GORDILLO, Agutín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. De Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977, p.202.

¹⁴ Nesse sentido, veja-se exemplo ilustrativo de questão decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: “as maiorias parlamentares não podem frustrar o direito das minorias de verem instaladas comissões parlamentares de inquérito (DJU, 4 ago. 2006, Rel. Min. Celso de Mello)”.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.386

qual, o voto majoritário, senão, também, pelos respeito aos direito básicos das minorias contra decisões arbitrárias da maioria.¹⁶ Enfim, esse é o núcleo pelo qual se pode legitimar a jurisdição constitucional, tomada na acepção substancialista assentada no Teorema da Constituição.

Como bem captado por Barroso: “É bem de se ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitos; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político se move por interesses ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E muitas vezes, só restará ao Judiciário para preservá-los”.¹⁷

Kelsen, também, desenvolve semelhante idéia, para quem: “De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disso resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Essa proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares”.¹⁸

Dessa forma, no Estado Constitucional irrompe a Constituição como documento jurídico normativo vetor de todo o ordenamento jurídico, subordinando à lei, à jurisdição, como qualquer particular. Vem daí a impressão de jurisdição constitucional, desenvolvida no seio da Constituição com o escopo de tutelar os direitos fundamentais e torná-los efetivos, aproximando a Constituição formal, no dizer de Lassale folha de

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁸ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 67.

papel, da Constituição real.

Nesse contexto, verifica-se, conforme anotado por Barroso, que a “jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (*i.e.*, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos esses elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atrepele o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria”.¹⁹

Assim, só tem sentido pensar em jurisdição constitucional senão emoldurada num documento que paira sobranceiro na cúspide do ordenamento jurídico, denominada de Constituição. É a partir do Estado Constitucional de Direito que se concebe a noção de jurisdição constitucional. Ou noutros termos, somente no Estado em que se aclame a supremacia da Constituição é possível se cogitar em uma jurisdição constitucional. Essa é a lógica de Marshall inapelavelmente absorvida pelo Supremo Tribunal Federal no que toca o controle de constitucionalidade.

O Estado de direito, na acepção apresentada, atribui aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos (que, também, possuem uma dimensão objetiva no tecido social) e, destarte, de posições jurídicas ativas quando tais direitos venham a periclitarem, seja por ação do Estado ou do particular. Cumpre, nesse intento, a jurisdição constitucional levar a cabo esses direitos, reputados fundamentais, conferindo-lhes guarda adequada para que não venham a ser solapados.

Nessa ordem de idéias Lourival Vilanova desenvolve perfeitamente seu raciocínio:

É uma conquista do Estado de Direito, do Estado

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.390.

Constitucional em sentido estrito (*Verfassungsstaat*), a fixação dos direitos reputados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado mesmo.²⁰

Portanto, se a Constituição é uma lei suprema, compete a jurisdição constitucional levar adiante projeto de Estado Democrático de Direito, principalmente, com o fito de tornar efetivo os direitos fundamentais, os quais são condições necessárias para que uma Democracia constitucional possa se desenvolver saudavelmente.

Nesse eito, Fernando Machado da Silva Lima conceitua jurisdição constitucional como “a atividade pela qual o Estado, através de seus órgãos, conforme previsão constitucional, interpreta a Constituição e, conseqüentemente, anula – ou deixa de aplicar ao caso concreto – todo e qualquer ato normativo infraconstitucional que com ela conflite. O objetivo fundamental da jurisdição constitucional é a efetividade da Constituição e ela desempenha as suas atribuições, no Brasil, através do controle difuso e do concentrado, utilizando os inúmeros dispositivos constitucionais previstos”.²¹ Ou de forma mais concisa, pode-se referir-se a jurisdição constitucional “ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais [...]”.²² No presente ensaio dar-se-á enfoque, sobretudo, ao *judicial review*, isto é, ao controle difuso de constitucionalidade, pois, é pelo controle difuso que se manifesta o recurso extraordinário.

²⁰ VILANOVA, Lourival. “Proteção jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento”. *Anais da IV Conferencia da Ordem dos Advogados do Brasil*.

²¹ LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional e controle de poder: é efetiva a constituição brasileira?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 20.

²² ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição á brasileira: situação e limites*. In: *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1998*. Fernando Facury Scaff (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

A jurisdição constitucional, no contexto atual, presta, então, para que não ocorra o divórcio entre Constituição formal e a Constituição real, como já denunciada por Lassalle em 1862, pois um país que hasteia uma Constituição meramente formal desfralda a pretensão de efetividade da Constituição.

A jurisdição constitucional, nesse prisma, é concernida no âmbito do Direito Processual Constitucional, a que menciona Marcelo Cattoni Oliveira:

Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais de organização nas Constituições, afetos à ‘garantia da Constituição’ e à ‘garantia dos direitos fundamentais’, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, ‘habeas corpus’, ‘amparo’, ‘mandado de segurança’, hábeas data’, etc.²³

Após situar a jurisdição constitucional nas hostes do Direito Processual Constitucional, impende fixar a dimensão em que o termo pode ser tomado. Lembra Zaneti que a doutrina a concebe ora pela sua amplitude máxima, jurisdição constitucional *Lato Sensu*, incluindo todas as ações constitucionais vocacionadas para a defesa dos direitos do cidadão e da coletividade, conferindo-lhe eficácia potenciada de instrumentos constitucionais, ora apenas com relação às ações voltadas ao controle de constitucionalidade das normas (jurisdição constitucional *stricto sensu*)”.²⁴ O autor, à sirga de Mauro Cappelletti, adota a concepção *lato sensu* de jurisdição constitucional, “por se entender vantajoso o comprometimento do sistema positivo como a eficácia potenciada das ações constitucionais”.²⁵

²³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?*. In : SAMPAIO, José Adércio Leite e Cruz; SOUZA, Álvaro Ricardo de, (orgs). *Heremênutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 74.

²⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 175.

²⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional*

Dessa forma, é necessário ressaltar que só haverá uma jurisdição democrática se ela for apta para efetivar, diuturnamente, os direitos fundamentais dos jurisdicionados. De conseguinte, a legitimação da jurisdição constitucional dependerá, imediatamente, da sua potencialidade para defender a Constituição e os direitos e liberdades fundamentais dos jurisdicionados.

Dessarte, acompanha-se a posição do professor Hermes Zaneti Júnior ao preferir tomar jurisdição constitucional em sentido ampliativo, “por se entender vantajoso o comprometimento do sistema positivo com a eficácia potenciada das ações constitucionais. É relevante a sua menção no texto constitucional, na medida que lhes garante interpretação favoravelmente mais ampla (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*)”. Muito embora, não se desconsidera que o controle de constitucionalidade representa (...) “garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de direito”.²⁶

O Estado Democrático de Direito configura, nesse diapasão, a evolução do Estado de Direito e a afirmação solene do constitucionalismo e dos direitos humanos; e nesse sentido cabe ao Poder Judiciário o dever-poder de prestar a jurisdição quando provocado para tanto.²⁷ Cumpre, então, ao Judiciário funcionar como um pêndulo da democracia contemporânea. Esse mister coincide, exatamente, com a noção de jurisdição constitucional na acepção ampliativa aqui empreendida, ou se preferir, substancialista.

Sendo assim, não haverá Estado Democrático de Direito

do Processo Civil Brasileiro. 2007. p. 175.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 700.

²⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 114 e 137.

se a jurisdição constitucional não resguardar a supremacia da Constituição. A Constituição, para ser uma lei suprema, deve ser efetiva, para tanto, é decisivo que concorra, na sociedade moderna, a jurisdição constitucional. Eis a razão da jurisdição constitucional. Nesse sentido, pontifica Streck:

A jurisdição constitucional, mais que um mecanismo de controle dos poderes, é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. O juiz tem o dever de aplicar a norma somente em seu sentido constitucional. Lamentavelmente, examinando a tradição jurídica brasileiro, é possível constatar a existência de um certo fascínio em torno do Direito infraconstitucional, ao ponto de se adaptar a Constituição as lei ordinárias..., e não o contrário! Enfim, continuamos a olhar o novo com olhos do velho...A constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o seu devido lugar no campo jurídico brasileiro.²⁸

Portanto, somente pela lente da jurisdição constitucional é factível “reinventar o Estado de Direito democrático, para fazer face a essas transformações políticas, sociais e econômicas, que tendem a inviabilizar o controle de poder e a garantia dos direitos humanos. Somente a luta permanente pela cidadania e pela efetividade constitucional pode significar um esperança de preservação dos direitos e garantias fundamentais e de sobrevivência dos ideais democráticos”.²⁹

Dessa forma, como corolário da máxima efetividade da Constituição, o Judiciário é avocado pela sociedade, como última instância política, para assegurar a primazia da Constituição e, ao mesmo tempo, resguardar os valores e princípios nela encerrados, ainda que, para isso, venha a suprimir atos norma-

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Os Meios de Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição Brasileira*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 252.

²⁹ LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional e controle de poder: é efetiva a constituição brasileira?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 262.

tivos que com ela conflitem e prover as omissões que impeçam sua efetividade. Trata-se, portanto, de uma justificação substancial para a jurisdição constitucional.

2 A SAÍDA SUBSTANCIALISTA: JUSTIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A expansão dos sistemas da justiça constitucional, principalmente, depois da segunda guerra mundial, foi um dos fenômenos mais importantes na construção do projeto democrático nos países centrais, irradiando conseqüência ultramarina nos países periféricos, como no Brasil, nomeadamente, erigida na Constituição cidadã de 88. Sob tal perspectiva, foram criados tribunais constitucionais, cuja função, primordial, é zelar pelo cumprimento da Constituição e dos direitos fundamentais nela encartados, que, por vezes, tem o condão de tolher a atuação dos demais poderes, na medida em que eles exorbitem dos lindes constitucionais, com a pretensão de expor ao risco a normatividade do texto constitucional.

Nessa tessitura, o Judiciário cumpre esse supino dever constitucional de contrapeso do sistema democrático de direito, controlando o crescimento desmesurado do legislativo e executivo, conformando seus atos eivados pela mácula da inconstitucionalidade a vontade de constituição. Mauro Capelletti, com a percuciência que lhe é particular, bem descreve esse dilema, para quem o judiciário *“deben elegir entre i) permanecer en el seno de los límites tradicionales, típicos del siglo XIX, de la función judicial, o ii) elevarse al nivel de las otras ramas, de hecho, convertirse ellos mismos en el “tercer gigante” para controlar al legislador mastodonte y al administrador leviatán”*.³⁰

³⁰CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Tradução livre. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 608.

A justiça constitucional, pois, teve que ceder aos papéis que lhe eram tradicionalmente confiados, segundo inspirações liberais, de proteção e repressão, ante da metamorfose da sociedade moderna. Sob esse ideal os tribunais constitucionais intercalaram-se em ambas as esferas de ação, tanto no legislativo como no executivo. Aparece, então, o judiciário, na concepção de Mauro Cappelletti³¹, como terceiro gigante na configuração do Estado Moderno. Irão assumir a função de controlo dos demais órgãos políticos a desvelo dos direitos fundamentais. “Tan sólo un sistema equilibrado de controles recíprocos puede equilibrar, sin peligro para la libertad, a un poder legislativo fuerte, un poder ejecutivo fuerte y un poder judicial fuerte también”.³²

O judiciário é, então, avocado para atuar nos espaços deixados pelos demais poderes nos programas de atuação públicos. Ou seja, isso levou a jurisdição, em sentido amplo, a um grau elevado de força criadora do direito, a quem, certamente, foi confiada tal tarefa.

Indubitavelmente, num governo democrático é fundamentalmente um governo no qual os cidadãos nutrem um sentimento de participação, sentimento este facilmente alienável por uma legislatura privada e uma máquina administrativa burocrática. Dessa forma, o judiciário funciona com verdadeiro remédio contra o perigo da perda de contato da sociedade. Ele, pois, constitui um braço da democracia direta, mais precisamente, da democracia participativa. *“Incluso cuando resuelven diferencias que implican graves consecuencias para la sociedad- y éste es un caso frecuente, especialmente en lo que se refiere a los juicios constitucionales-, su función radica habitualmente en la solución de cuestiones ligadas a cases and*

³¹CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Tradução livre. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 608.

³²CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Tradução livre. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 618

controversias cotidianamente llevados ante ellos por los miembros interesados de la comunidad".³³

Essa tarefa foi outorgada pela Constituição 88, principalmente, em virtude da sua essência axiológica. A constituição, assim, encerra mais normas de textura aberta carregados de valores, tais como, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, democracia, justiça e igualdade; deveras, seu espoco maior radica na realização substancial desses valores do que na ordenação de procedimentos. Esse encargo coube a judiciário na atual composição histórica da Constituição Cidadã.

2.1 JUSTIFICAÇÃO SUBSTANCIALISTA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A teoria substancialista se coloca, assim, como antítese da concepção procedimentalista no intento de explicar o fenômeno da legitimidade da jurisdição constitucional. Segundo Marinoni, “as teorias substancialistas entendem que a jurisdição encontra legitimidade no conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Apontam para o fim da decisão, e não para a forma de sua construção, como os procedimentalistas. Esse fim é o de propiciar a concretização dos valores contidos nas normas constitucionais, particularmente nos direitos fundamentais”.³⁴ A tese substancialista, dessarte, defende um legitimação direcionada para um sentido teleológico, com escopo de assegurar a concretização de valores substanciais, sobretudo os direitos fundamentais.³⁵

A teoria substancialista, em essência, edifica-se sobre

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Tradução livre. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 627.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 441.

³⁵ AGRA, Walber de Moura. *A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 1, nº 2, p. 127-152 abr./ jun. 2007.

uma fundamentação da jurisdição constitucional escudada nos direitos fundamentais, em qualquer uma de suas dimensões. Os direitos fundamentais, por essa vertente, constituem as vigas mestras em que se apóia o ordenamento jurídico, e, portanto, são o eixo para a formação de uma teoria de legitimação que faça com que a corte ou tribunal constitucional possa ficar mais conexo com as reivindicações sociais e não se isolar por intermédio de procedimentos que se auto-referenciam, consubstanciando-se em um sistema que se auto-reproduz insensível as demandas da sociedade.³⁶

Nessa toada, a teoria procedimentalista, sobretudo no Brasil, vem sendo atacada pela doutrina pátria, especialmente a teoria procedimental de Habermas, sob o argumento que sua realização concernida dentro de um espaço público como fundamento para as decisões da jurisdição constitucional é difícil de ser concretizada:

[...] onde grande parte da população não dispõe ainda dos direitos de segunda dimensão, configurando-se impossível pensar como uma população pode exercer plenamente sua cidadania, sem ter ao menos as menores condições de sobrevivência asseguradas. O espaço público não pode ser o *locus* para as discussões que possibilitem a participação de toda a população porque ela, em sua grande maioria, está excluída do debate político. Sem a garantia das cinco dimensões dos direitos fundamentais – que será acrescido de mais algumas com o decorrer do desenvolvimento das sociedades humanas –, a teoria habermasiana não pode ser aplicada, fato que dificulta sua concretização em países subdesenvolvidos.

Na teoria habermasiana, o conceito de espaço público é supervalorizado, acarretando que uma estrutura de taxionomia sociocomunicativa, sem nenhuma especificação mais concreta que impeça sua manipulação, sobreponha-se à Lei Maior e fragilize a normatividade dos dispositivos constitucionais, esvaziando a força de garantias jurídicas que protegem

³⁶ AGRA, Walber Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 234.

o desenvolvimento das sociedades humanas.³⁷

Refutando, por outro lado, o procedimentalismo de Ely, assevera Dworkin: “Ely insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos. Isso poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo. Ou se a expectativa norte-americana definisse unicamente alguma concepção particular de democracia, ou se o povo norte-americano concordasse agora com uma única concepção. Mas nada disso é verdade, como Ely reconhece”.³⁸

Assim, em razão do caráter dialógico dos comandos constitucionais, realizados, sobretudo, por normas de textura aberta, os juizes têm o dever-poder de firmar qualquer conteúdo valorativo, ainda que não estribado em regras jurídicas positivadas expressamente, alçando a Suprema Corte a estatura de guardião do conteúdo axiológico da sociedade corporificado numa Carta de direitos fundamentais, a Constituição.

A teoria substantiva da legitimidade da justiça constitucional tem o mérito de aproximar o Estado dos problemas sociais, calcada numa relação intrínseca com os direitos fundamentais. Pois, como a celebrada lição de Lassale: “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores reais de poder que imperam na realidade social”.³⁹ Lassale assume, assim, uma concepção

³⁷ AGRA, Walber Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 231-232.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 82.

³⁹ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

sociológica, segundo a qual, a Constituição de um país corresponde aos fatores reais de poderes que permeiam a sociedade. Uma Constituição escrita indiferente aos fatores reais de poder constitui uma mera folha de papel. Eis uma das grandiosas virtudes fundamentais da teoria substantiva, equalizar a Constituição escrita com a Constituição social. Essa característica, em última análise, fornece ao texto constitucional uma estrutura dialógica, permitindo as normas haurirem o desenvolvimento da sociedade em consonância com ela, de modo a evitar a decrepitude das normas constitucionais. Enfim, como bem captado por José Afonso da Silva, “o juiz que não correlaciona a norma constitucional com a realidade social faz intolerável formalismo positivista e não julga, simplesmente decide”.⁴⁰

A legitimidade da jurisdição constitucional, na vertente substancialista, implica, pois, numa forma particular de interpretar e aplicar a constituição: trata-se da chamada *moral reading*, referida por Dworkin na obra *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana, in verbis*:

O livro como um todo tem o objetivo maior e mais geral. Ilustra um método particular de ler e executar uma constituição política, método esse que chamo de *leitura moral*. A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a “liberdade de expressão”. A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral – o princípio de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam – e o incorpora ao direito norte-americano. Assim, toda vez que surge uma questão constitu-

⁴⁰ SILVA, José Afonso. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional: conceitos e fundamentos da jurisdição constitucional*. Revista Brasileira de estudos políticos, nº 60-61, 1985, pp. 495-524.

cional nova ou controversa – a de saber, por exemplo, se a Primeira Emenda autoriza que se elaborem leis contra a pornografia -, as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral e abstrato. Devem decidir se o fundamento verdadeiro do princípio moral de condenação da censura, na forma em que esse princípio foi incorporado ao direito norte-americano, se aplica também ao caso da pornografia.⁴¹

A leitura moral da Constituição decorre dos próprios valores substanciais agasalhados pela Constituição, que encerra direito individuais em norma de índole principiológicas, que, de sua vez, são defendidos pela jurisdição constitucional comprometida, eminentemente, com a tutela dos direitos fundamentais.⁴² “Assim, o intérprete da Constituição tem necessariamente de manejar as normas constitucionais com base em princípios morais”⁴³. A escolha desses valores substanciais, impelida por uma leitura moral da Constituição em consonância com a estrutura axiológica da Constituição, é celebrada pelo Tribunal Constitucional, depositário em última instância das

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

⁴² Para Dworkin: “A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juizes e, em última instância, aos juizes da Suprema Corte. Por isso, os críticos da leitura moral da Constituição dizem que essa leitura dá aos juizes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público. Em síntese, procurarei explicar por que essa grosseira acusação não tem fundamento. Mas, antes, pretendo esclarecer que, na prática, a leitura moral não tem nada de revolucionária. Na mesma medida em que os juristas e juizes norte-americanos seguem uma estratégia coerente qualquer para interpretar a Constituição, eles já fazem uso da leitura moral. Espero que este livro deixe isso bem claro”. (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2-3).

⁴³ STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 139.

pelejas da sociedade.

O ideal democrático não repousa na noção de governo da maioria, mas, ao contrário, está concatenada com a idéia de Estado de direito, por isso, a leitura moral da Constituição, visando a desvendar o seu conteúdo substantivo, não é antedemocrático, senão que corresponde a própria impressão de governo limitado constituído sobre trunfos da minoria, para usar a expressão de Dworkin, contra as eventuais vontades majoritárias. Nesse sentido, posiciona-se Dworkin para quem é crível que...

Para eles, o entusiasmo pela leitura moral dentro de uma estrutura política que atribui aos juízes a suprema autoridade em matéria de interpretação é elitista, antipopulista, anti-republicano e antedemocrático. Como veremos, essa idéia se baseia num pressuposto bastante difundido, mas pouco estudado, acerca de um vínculo que existiria entre a democracia e a vontade da maioria, pressuposto esse que, aliás, a história do Estados Unidos sempre rejeitou. Quando compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral de uma constituição política não só não é antedemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia. [...] Muitos desses dispositivos estão vazados numa linguagem excessivamente abstrata. [...] Segundo a leitura moral, esses dispositivos devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referencia, incorporam-se aos poderes do Estado. [...] Creio que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades de expressão e a liberdade de religião.⁴⁴

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 09-11.

Dworkin busca, nessa toada, um democracia de cariz substantivo, denominada democracia constitucional⁴⁵, enredada com idéia de governo limitado por condições tais que constituem os próprios cânones da democracia, sem as quais colocaria em risco o próprio ideal democrático, de tal arte que se justifica a intervenção judicial (ativismo judicial) para afastar decisões majoritárias que visam atrair essas condições da democracia, garantindo, dessarte, sua higidez de democrática segundo os padrões e diretrizes da Constituição. A jurisdição constitucional, dessa feita, é uma força contramajoritária que fortalece a democracia, na proporção em que a proteção dos direitos fundamentais previne ou corrige os defeitos no processo de deliberação democrática.⁴⁶

A leitura moral da Constituição, nessa órbita, concebe as normas de textura aberta da Constituição⁴⁷ como princípios morais, vertidas em limitações ao governo. Assim, o controle

⁴⁵ “Em suma, a concepção constitucional de democracia assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições ‘democráticas’ – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitem as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas. (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26-27).

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 203.

⁴⁷ Importante frisar que para Dworkin existem, além dos princípio constitucionais, regras constitucionais que não são suscetíveis a esse método de interpretação. No original: “É evidente que a leitura moral não é adequada para a interpretação de tudo quanto uma constituição contém. A Constituição norte-americana inclui muitos artigos e dispositivos que não são nem especialmente abstratos nem vazados na linguagem dos princípios morais. O Artigo II, por exemplo, especifica que o presidente deve ter pelo menos trinta e cinco anos de idade; e a Terceira Emenda estabelece que o Estado não pode aquartelar soldados nas residências de civis em tempo de paz”. (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8).

de constitucional afinado com a leitura moral incrementa a democracia no sentido de conduzir a um resultado justo ao processo de decisão constitucional obrados nos Tribunais Constitucionais. Sobretudo, porque as questões constitucionais não são relativas apenas às partes, mas a toda sociedade. A leitura moral da Constituição, proposta por Dworkin, consiste numa teoria substancialista de justificação da justiça constitucional, cujo escopo, primordial, é a tutela dos direitos fundamentais, assim como munir a atuação do judiciário de critérios objetivos e neutros.

Stephen Griffin, também, sustenta uma concepção substantiva de democracia fundamentada nos direitos fundamentais. Contudo, diferentemente de Dworkin, defende um democracia substancial implementada pelos canais democráticos, e não pelo judiciário. A seguinte passagem ilustra a percepção do autor sobre a democracia substantiva pautada nos direitos fundamentais, não obstante, avessa ao *judicial review*:

A idéia de democracia de direitos ajuda a esclarecer que no mundo contemporâneo o *sentido* de se ter uma democracia é o de que ela tende a criar e aplicar com sucesso direitos humanos básicos. [...] Para resumir, o papel do judiciário federal no Estados Unidos contemporâneo deveria estar estruturado sobre o conceito de democracia de direitos. Em tal democracia, os direitos constitucionais são garantidos primariamente através de uma densa rede de proteções a direitos estabelecidos em leis, proteções promulgadas em todos os níveis do governo a pedido de uma coletividade de cidadãos consciente de seus direitos. O judiciário deveria apoiar essa rede por meio da interpretação ordinária da legislação, guiada por uma apreciação informada de que o propósito final da rede é garantir a existência de uma ordem política que respeite a igual dignidade de todos os cidadãos. Esse papel judicial limitado (em relação, digamos, à Corte de Warren) é justificado pela falta de vantagem comparativa do judiciário contemporâneo em matéria de princípios constitucionais e pela melhor qualidade das informações em matéria de princípios constitucionais e pela melhor qualidade em matéria de direitos disponíveis aos cidadãos comuns em uma democracia completa-

mente efetiva.⁴⁸

Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, são os alicerces primordiais para legitimar a atuação da jurisdição constitucional. A teoria substancialista, portanto, supõem uma atuação ativa da jurisdição constitucional (*activism judicial*) no sentido de promover a defesa dos direitos fundamentais. “O Papel da Constituição não é apenas servir como um limite formal para a atuação do Poder Legislativo, mas, ao contrário, atuar como uma norma substancial que exprime a tensão entre o projeto de materializar uma determinada idéia de sociedade com a realidade fática vigente”.⁴⁹ Por essa senda parece palmilhar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, convolado no aresto AI-AgR 375011 de relatoria da Ministra Elen Grace, para quem...

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade as decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.0..2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional. [...] Lembro que estamos a tratar de uma lide envolvendo inúmeros servidores do Município de Porto Alegre e a causa espécie a possibilidade de alguns deles saírem vitoriosos, a despeito da inconstitucionalidade das leis municipais nas quais basearam sua pretensão. Isso porque estaríamos diante de uma situação anti-isonômica, em que entre dois funcionários que trabalhem lado a lado e exerçam iguais atribuições, exista diferença de vencimento, pelo fato de um deles restar na sua deman-

⁴⁸ GRIFFIN, Stephen M. *A Era Marbury: o Judicial Review em uma democracia de direitos*. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 262 e 272.

⁴⁹ AGRA, Walber Moura. *A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n 2, p. 127-152, abr/ jun 2007.

da, virtude de falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE da municipalidade, enquanto outro, em cujo processo estava atendido tal requisito de admissibilidade do apelo extremo, aplicou-se a orientação do Supremo Tribunal Federal e rejeitou-se a sua pretensão. Esta Corte não pode admitir tal disparate de tratamento de situações idênticas.⁵⁰

A Constituição brasileira, nessa ordem de idéias, apresenta sinais de adoção da legitimação substancial da jurisdição constitucional, no intento de conferir uma atuação material da justiça constitucional como modo de executar a Constituição. Para tanto, suficiente rememorar institutos, tais como, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, e, máxime, esta nova reformulação do recurso extraordinário através da jurisdição constitucional de cariz substancial, como soa claro da *ratio decidendi* do julgado mencionado em passo anterior.⁵¹

Com efeito, a participação dos coadjuvantes da decisão é incentivada quando uma questão está na iminência de ser decidida pela Suprema Corte, que o realizará pautado segundo princípios morais. A leitura moral da Constituição qualifica o debate, assim como o amplia, pois a Corte tem a virtude de politizar a discussão, estimulando que as pessoas emitam opinião e acompanhem o desate do caso.

A experiência brasileira, embora ainda tibia, mostra que

⁵⁰ AI 375011 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004 PP-00043 EMENT VOL-02170-02 PP-00362.

⁵¹ “À medida que as demandas sociais aumentam, há uma paulatina incorporação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais com o objetivo de reforçar sua normatividade – movimento que é inexorável. Essa expansão das prerrogativas dos cidadãos demanda um fortalecimento nos mecanismos que assegurem sua concretização, fazendo com que sejam considerados imprescindíveis para a concretude da Carta Magna. Assim, há uma remodelação de parâmetros, em que a estruturação dos órgãos públicos perde primazia para as prerrogativas dos cidadãos, reformulando o critério para se classificar o que seja uma boa Constituição, que passa a ser conceituada de acordo com a extensão e a eficácia dos direitos fundamentais esculpidos por suas normas”. AGRA, Walber Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 240.

o Judiciário assumiu uma nova postura de defesa de valores que fundamentais para a sociedade brasileira, tais como a questão do aborto, dos anencefalos, das pesquisas com células troncos, do nepotismo, são bons exemplos de questões de mote na condução da sociedade. Certamente, o Judiciário nessa perspectiva de defesa dos direitos fundamentais ajuda a reinventar a nossa atual democracia de direitos. Conforme André Ramos Tavares, nota-se que essa virada da justiça constitucional se deu a partir de uma deslegitimação performática do Parlamento.

⁵² A justiça constitucional, desse modo, floresce no cenário social como uma alternativa ao paradigma legalista e como uma refutação as atrocidades cometidas nos pós-guerras que pululavam no século XX. Eis, então, a consagração dos direitos fundamentais e a expansão da justiça constitucional alicerçada na teoria substantiva dos direitos e garantias fundamentais.⁵³

Visto por esse diapasão, ante ausência prática de uma democracia de direitos no contexto brasileiro, é desejável que o judiciário assuma uma posição de vanguarda de proteção de defesa dos valores de direitos políticos plasmados soberana-

⁵² TAVARES, André Ramos. *O Discurso dos Direitos Fundamentais na legitimação e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. In: *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 158.

⁵³ Nesse sentido, acena Tavares: “Nesse sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parla-mentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos como regras negativas de competência do Estado). Como observou Freman (1994, p. 189-190) ‘por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa’. Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar ainda mais uma atuação menos circunstancial da Justiça Constitucional (e que, posteriormente, vai expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais)”. TAVARES, André Ramos. *O Discurso dos Direitos Fundamentais na legitimação e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. In: *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 159.

mente na Constituição axiológica. A teoria substancialista, por essa vertente, é que empreende melhor essa tarefa tão grandiosa que a justiça constitucional vem construindo no tecido social, comprometida com os supinos valores e diretos fundamentais prenhes na Constituição. Eis o papel apropriado do Poder Judiciário, apoiar a realização dos direitos fundamentais e fortalecer o sucesso da democracia.

Portanto, a teoria substancialista tem a virtude de conceber a democracia como algo mais do que simples procedimento de tomada de decisão, é um procedimento que traz em si a exigência de legitimidade, que só é atingida se garantidas certas condições, plasmadas em normas jurídicas.⁵⁴

O Judiciário, nessa media, passou a ocupar um espaço que antes era reservado apenas ao Poder Legislativo e Executivo. Isso se deve, sobretudo, em virtude da importação do constitucionalismo norte americano, impregnando profundamente no constitucionalismo brasileiro o modelo difuso-concreto de constitucionalidade das leis. “Esse modelo, não tão surpreendente, conduziu o Judiciário, na sua evolução histórica, a desempenhar um papel diferenciado (tendencialmente ‘ativo’ como se dirá mais correntemente) na concretização implementadora da Constituição”.⁵⁵

Por essa ótica, ganha relevo o direito processual constitucional, entendido como o plexo de normas vocacionadas a assegurar a observância material da Constituição pela justiça constitucional. Nesse escopo geral se inclui o recurso extraordinário, forma de manifestação por excelência, no direito brasileiro, do controle de constitucionalidade no modelo difuso-concreto. Assim, o direito processual constitucional realizado

⁵⁴ STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 161.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. *O Discurso dos Direitos Fundamentais na legitimação e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. In: *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 154.

por uma justiça constitucional substancial será o bastião pragmático da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Sobressai, mormente, nesse diapasão, a função do recurso extraordinário transformado num potente instrumento de realização material da Constituição. O objetivo, portanto, é a certificação, manutenção e ratificação da supremacia constitucional contra todos os comportamentos, que dela se desviem, o que, por vezes, está por demandar uma atuação “substancial” da justiça constitucional.⁵⁶

Portanto, como indicado anteriormente, vultoso notar que o recurso extraordinário reformulado por uma atuação substancial da jurisdição constitucional (ou seja, do controle difuso-concreto de constitucionalidade) vem assumindo uma categoria própria direcionada a tutela das funções essenciais da Constituição, para além de uma atitude puramente defensiva, de eficácia prática de tutela dos direitos fundamentais, pois, conquanto os direitos fundamentais tenham se consolidado na expediência constitucional isso não é para tanto um penhor de eficácia mesmo, demandando, portanto, um aparato instrumental capaz de realizá-los, e sinaliza nesse sentido o efeito vinculante emprestado a fundamentação do recurso extraordinário como mecanismo de defesa dos direitos fundamentais. Para o alcance desse objetivo, é imprescindível a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião dos referidos direitos, utilizando todos os mecanismos jurídicos para sua proteção, do que é exemplo eloquente o controle difuso-concreto de constitucionalidade, manifestado no ordenamento brasileiro, máxime, pelo recurso extraordinário.⁵⁷ Por esse prisma, permite-se, dessa

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. *O Discurso dos Direitos Fundamentais na legitimação e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substancial*. In: *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 168.

⁵⁷ “Ao defender que a Constituição é uma ‘ordem de valores’ e que a concretização dos direitos fundamentais deve garantir um mínimo existencial ou densidade suficiente de seus preceitos está se tentando assegurar sua efetiva realização, mormente dos direitos que têm uma natureza programática. Dessa forma, o Supremo Tribunal

forma, conceder-se ao Supremo Tribunal Federal a finalidade de concretizar os direitos fundamentais, outorgando-lhe uma maior atuação e eficácia de suas decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, desbordando-se da ortodoxa barreira construída pelo dogma da separação de poderes. Sem sombra de dúvida o recurso extraordinário, hodiernamente nas dobras do constitucionalismo moderno, presta-se não apenas a tutela dos direitos subjetivos disputado entre as partes envolvidas na lide, aliás, esse nunca foi o espócio primordial do recurso excepcional, mas ergue-se na defesa objetiva da ordem jurídica, e se os direitos fundamentais são vigas mestras da ordem constitucional, a defesa objetiva dos direitos fundamentais.

3 AMBIÊNCIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Na constituição da República de 1988 foram mantidos dois modelos de controle de constitucionalidade: o controle difuso e controle concentrado. Ao segundo foi atribuído, por excelência, a função de assegurar a incolumidade do direito constitucional objetivo, nele o controle é feito em abstrato, isto é, a constitucionalidade é examinada em tese, *a priori*, o qual compõe o próprio objeto litigioso do processo. Porém, acende no Estado Constitucional a reinstrumentalização do recurso extraordinário (principalmente com a edição da Lei 11.418/06,

Federal assume relevante importância no sentido de implementar os direitos fundamentais abrigados na Constituição de 1988, tornando-se o ‘guardião de valores’, o instrumento de tutela e efetivação das prerrogativas dos cidadãos. Como há uma ausência de parâmetros para a prestação jurisdicional dos direitos fundamentais de natureza social, que podem ser efetivados de diversas maneiras, cabe a jurisdição constitucional garantir um mínimo de concretização normativa, sob pena da Constituição transformar-se em um ornamento retórico. Dessa forma, impede-se qualquer tipo de fraude à Constituição, em que a vontade do legislador ordinário possa prevalecer em detrimento do legislador constituinte”. (AGRA, Walber de Moura. *A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 1, nº 2, p. 127-152, abr./jun. 20074.

que trata da repercussão geral), também, como forma de controle abstrato, reflexo de uma nova concepção de direito pensada à luz da jurisdição constitucional em sua vertente substancialista comprometida em resgatar os valores mais importantes aceitos pela comunidade como um todo. Movimento denominado de objetivação do recurso extraordinário.

O constitucionalismo contemporâneo, nesse aspecto, atribui a jurisdição o dever de tutelar os direitos e garantias fundamentais postos, ao propósito, na Constituição. Por outros termos, é dever da jurisdição constitucional dar vazão a tutela dos direitos fundamentais. Hoje, indiscutivelmente, a jurisdição constitucional tem a função de tutelar os direitos fundamentais.

Nesse sentido parece estar com a razão Marinoni para quem, “quando se afirma que a jurisdição tem o dever fundamental de tutelar 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*. Tutelar direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos *direitos* fundamentais. É o atuar da lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados”.⁵⁸ Dessa forma, o juiz atuando a jurisdição constitucional deve controlar a constitucionalidade da lei de modo a dar tutela aos direitos fundamentais.

Assim, na busca da realização da jurisdição constitucional que a objetivação do Recurso Extraordinário, meio difuso de controle da constitucionalidade levado a Suprema Corte, ganha relevo. Como bem captado por Flávio Cheim⁵⁹, os recursos extraordinários visam a tutelar o direito objetivo. No caso do Recurso Extraordinário, o qual é espécie da classificação daquele de mesmo nome, visa a tutelar o direito objetivo constitucional. É a parti daí, dessa nova concepção de direito ful-

⁵⁸MARINONI, Luiz Guilherme, “Teoria Geral do Processo”. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 141.

⁵⁹JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 33.

crada no Estado Constitucional, que se apercebe a transformação do Recurso Extraordinário como remédio de controle abstrato de constitucionalidade, embora seja instrumento de controle difuso de constitucionalidade da lei. Eis a importância do tema, uma releitura do Recurso Extraordinário como remédio atuante da jurisdição constitucional com o fim de prestar normatividade ao texto constitucional.

O recurso extraordinário, nesse pormenor, vem alçando, sob o influxo da virada do constitucionalismo contemporâneo, estatura de remédio processual adequado destinado a preservar o ordenamento jurídico objetivo, deixando, desse modo, a vetusta concepção de tutela de direitos subjetivos concernidas no bojo da relação debatida pelas partes. O Supremo Tribunal Federal, nesse aspecto, se aproxima da Suprema Corte Americana⁶⁰. A Corte Americana, aliás, de há muito já superou a concepção de que a competiria realizar a justiça individual às partes.

O Supremo Tribunal Federal tem coroado essa tendência em seus julgados, superlativando o papel do recurso extraordinário como instrumento adequado à tutela objetiva da ordem jurídica. Eis a ementa da decisão, provocada nos autos do AgRg no RE 475.812-SP, apenas a título de ilustração, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ALTERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. LEI N. 9.718/98. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 239 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito

⁶⁰ Referindo-se a aproximação do Supremo Tribunal Federal a Corte Americana na configuração dada pela Constituição de 88, Alcides de Mendonça Lima destaca que “O Supremo, portanto, adquiriu, agora, a proeminente função, conforme o modelo da Corte Suprema dos Estados Unidos, que lhe serviu de fonte inspiradora quando o nosso Augusto Pretório foi instituído ao ser estruturada a República com a Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891. Não era possível a interposição e o julgamento de causa fora dos casos cujo conhecimento seria o normal, isto é, em torno apenas da Constituição”. (LIMA, Alcides de Mendonça. *O Recurso Extraordinário na Constituição Federal de 1988*. Repró 56, p. 29).

da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 475812 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 13/06/2006, DJ 04-08-2006 PP-00073 EMENT VOL-02240-08 PP-01542)

Essa tendência de objetivação do recurso extraordinário se manifesta, sobretudo, em termos de controle de constitucionalidade difuso, vez que é por meio deste que as contendas surgidas em primeiro piso são levadas ao Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, nessa dimensão, um incremento da importância que os precedentes vem assumindo na ordem jurídica brasileira, consagrando, dessa feita, o Supremo Tribunal em efetivo guardião da Constituição Federal, proferindo decisões potenciadas a interferir em questões de tomo para a sociedade, cifrando-se, em ultima instancia, a proteção dos direitos fundamentais. Ou seja, os casos concretos conduzidos através de Recurso extraordinário ao Pretório Excelso deixam de ser, na essência, marcadamente de índole subjetiva, transcendendo como mediador adequado à defesa da ordem constitucional objetiva.

Mancuso, estribado em Moreira Alves, já acenava esse caráter transcendental do Recurso extraordinário aos interesses subjetivos em jogo no caso concreto:

(...) esse instituto é "antes ato político do que propriamente, ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência ou não de um interesse que não é o do recorrente, mas é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao tribunal Supremo do país, a manifestação sobre a questão jurídica que objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica"⁶¹

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*.

Igualmente, o Ministro Gilmar Mendes deixa escapar o termo “transcender interesses subjetivos” para acentuar a função de defesa da ordem constitucional objetiva que vem sendo, paulatinamente, conferida ao Recurso Extraordinário Brasileiro:

Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional.

(...)

A função do Supremo nos recursos extraordinários — ao menos de modo imediato — não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.⁶²

É evidente nesse sentido, portanto, a reformulação que se operara no recurso extraordinário e, no próprio, Supremo Tribunal Federal, conferindo ao primeiro o acatado mister de tutela objetiva do direitos fundamentais encartados na Magna Carta, confinando ao segundo a função de Tribunal Constitucional.

4 EXCEPCIONALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário, pois, no Estado Constitucional ganhou nova feição, deixa a posição de outrora de ser utilizado apenas como mais um recurso a serviço do interesse privado das partes, para tornar-se um instrumento de tutela do direito constitucional objetivo. Alcança essa função a partir da atuação da jurisdição constitucional em termos substancial, que o rede-

6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999. p. 61.

⁶² RE 376852 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2003, DJ 13-06-2003 PP-00011 EMENT VOL-02114-05 PP-00853.

finiu de modo a conferir maior efetividade a tutela jurisdicional, espalhando seus efeitos além partes em litígio e *erga omnis*. Afinal, recorda Gilmar Mendes de que “a Constituição de 1988 conferiu especial ênfase à proteção judicial efetiva, emprestando significado impar às ações judiciais individuais e coletivas”⁶³, estimulando as pessoas, depois de longos anos de cale-se imposto pelo regime militar, reivindicassem com maior ânsia seus direitos na justiça.

Sem dúvidas esse sentimento amordaçado de justiça reprimido pelo governo ditatorial repercutiu intensamente no âmbito do sistema difuso de controle de constitucionalidade, para onde foram levadas as questões constitucionais então emergentes, conferindo, por assim dizer, a essas controvérsias um tratamento singular que dizem de perto com o próprio sistema jurídico. Essas questões são levadas ao Supremo Tribunal Federal, via incidental, através do recurso extraordinário que deixa de ter aquele caráter subjetivo como concebido no início da experiência republicana, rompendo com o paradigma individualista que dantes grassava o recurso extraordinário.

Desde a Constituição Federal de 1891 já era previsto o recurso extraordinário, cuja função precípua sempre foi preservar a integridade da Constituição Federal e da legislação federal⁶⁴. Segundo Gilmar Mendes a Lei 10.259/2001 constitui a primeira tentativa clara de ruptura com o paradigma individualista e irracional que caracterizava o recurso extraordinário de feição extraordinária.⁶⁵

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Novas Perspectivas do Recurso Extraordinário: a experiência dos juizados especiais federais e sua repercussão sobre o sistema judicial comum*. Repertoria de Jurisprudência IOB, 2ª quinzena de abril de 2005, nº 8/2005, v. III, p.250.

⁶⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. *O Recurso Extraordinário na Constituição Federal de 1988*. Repró 56, p. 26.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Novas Perspectivas do Recurso Extraordinário: a experiência dos juizados especiais federais e sua repercussão sobre o sistema judicial comum*. Repertoria de Jurisprudência IOB, 2ª quinzena de abril de 2005, nº 8/2005, v. III, p.249.

O recurso extraordinário, nessa medida, como espécie de recuso especial expressado na Constituição Federal, assume relevantíssimo papel na defesa da ordem jurídica, eminentemente, de proteção dos direitos assegurados, direta ou indiretamente, na Carta Magna.⁶⁶

Indubitavelmente, o recurso extraordinário tem como função máxime o controle de constitucionalidade da decisão. Não se reexamina o caso concreto, apenas reflexamente tem-no tangido. Nos falares de André Ramos Tavares “ a solução para o conflito inter-subjetivo, a ser alcançado pelo recurso excepcional, é apenas um reflexo do julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, verdadeiro Tribunal da federação, porque o recurso não tem como finalidade fazer justiça para as partes envolvidas”.⁶⁷ É por tal razão o recurso extraordinário é chamado de recurso excepcional,⁶⁸ não obstante, campear no Brasil o vezo de manejá-lo no sentido de torná-lo em uma nova apelação ou novo agravo. O recurso extraordinário, muito pelo contrário, é o instrumento franqueador ao acesso a instancia especial onde se visa a reapreciação jurídica da matéria conectado a constitucionalidade da decisão, não significa como simples forma de acesso ao Judiciário.⁶⁹

O recurso extraordinário, pois, busca exatamente garantir essa necessária e desejável integração do direito objetivamente

⁶⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. *O Recurso Extraordinário na Constituição Federal de 1988*. Repro 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. *Perfil constitucional do recurso extraordinário*. In: *Recurso Extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental* (org. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11. Vide também no mesmo sentido José Afonso da Silva. *Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 1963, especificamente, p. 92.

⁶⁸ CAVALCANTE, *A Lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário*. Repro 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

⁶⁹ CAVALCANTE, *A Lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário*. Repro 163. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 181.

considerado⁷⁰. A questão constitucional é a mola motora de cabimento do recurso extraordinário, e não a sucumbência da parte. Ele é restrito *quaestiones juris*⁷¹, ou seja, a defesa objetiva da ordem constitucional, eis o que o caracteriza como recurso excepcional, sobretudo, se compreendido nas dobras dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva.⁷² Em súmula, o recurso extraordinário assume, nos esquadro constitucional de vanguarda, a função de assegurar a unidade da Constituição, e não de dirimir litígios concretos derivados da defesa de um direito subjetivo.

5 RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A DEFESA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição brasileira de 1998, a reboque da Lei Fundamental de Bonn (1949), da Constituição Portuguesa (1976) e da Constituição Espanhola (1978), arrolou extenso rol de direitos fundamentais encartados logo em seu capítulo inicial.

Os direitos fundamentais, nessa toada, foram sendo incorporados gradativamente nos textos constitucionais à medida que as demandas sociais foram surgindo. Essa expansão dos direitos fundamentais, e conseqüentemente, a expansão dos direitos dos cidadãos, exigiu o robustecimento dos mecanismos que preservem a sua concretização, fazendo deles o núcleo essencial das modernas cartas constitucionais. Esse panorama

⁷⁰ TAVARES, André Ramos. *Perfil constitucional do recurso extraordinário*. In: Recurso Extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental (org. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11. Vide também no mesmo sentido José Afonso da Silva. *Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 1963, especificamente, p. 92.

⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 125-126.

⁷² A ambigüidade da oração foi colocada propositalmente para realçar o aspecto o objetivo que grava tanto o perfil do recurso extraordinário, quanto acena para a dimensão objetiva que os direitos fundamentais encerram.

implicou na remodelação da jurisdição constitucional condicionando-a teleologicamente a realização dessas prerrogativas dos cidadãos. O recurso extraordinário, nessa dimensão, considerando como precedente judicial vinculativa destinado a preservar a ordem jurídica objetiva, é corolário dessa reformulação da jurisdição constitucional que visa fortalecer a força normativa da Constituição assegurando a concretude do texto constitucional, principalmente, em razão da perspectiva objetiva que os direitos fundamentais encerram.

Os direitos fundamentais, tal como lembrado por Gilmar Mendes, possuem eficácia vinculante e imediata⁷³, esse é o teor do art. 5, § 1º da Constituição Republicana.⁷⁴ Por essa ordem de idéias os direitos fundamentais a um só tempo são direitos subjetivos e elementos essenciais da ordem constitucional objetiva.⁷⁵ Ou seja, não apenas garantem direitos subjetivos, mas também assentam princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico pertinentes a todos aqueles que fazem parte da sociedade.⁷⁶

Dessa forma, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais assinala a superação da concepção subjetiva enredada a um conceito de direito que era oponível apenas aos órgãos estatais para preservar a liberdade dos cidadãos,⁷⁷ para então marcar o início da era em que os direitos fundamentais sejam concebidos na sua forma objetiva, no sentido de cominação vinculante para todos os poderes.⁷⁸

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário Aspectos Inexplorados*. Revista da Ajuris, nº 61, Porto Alegre, 1994, p. 280.

⁷⁴ Art. 5º, § 1º: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário Aspectos Inexplorados*. Revista da Ajuris, nº 61, Porto Alegre, 1994, p. 281.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 73.

⁷⁷ AGRA, Walber de Moura. *A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 1, nº 2, p. 127-152 abr./ jun. 2007.

⁷⁸ AGRA, Walber de Moura. *A legitimação da jurisdição constitucional pelos direi-*

Segundo o professor Marinoni, “as normas de direitos fundamentais afirmam valores sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciário, legislativo e executivo. Assim, implicam em uma valoração de ordem objetiva. O valor contido nessas normas, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico”.⁷⁹

Fala-se hoje, pois, de uma eficácia objetiva dos direitos fundamentais que desborda da eficácia meramente subjetiva. Dissertando a respeito da eficácia objetiva dos direitos fundamentais os quais transcendem a eficácia puramente subjetiva, Ingo Wolfgang Sarlet pontifica no sentido versado:

A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvida, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. [...] os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura.⁸⁰

tos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 1, nº 2, p. 127-152 abr./ jun. 2007.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 73.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria dos advogados, 1998, p. 138-140.

José Carlos Vieira de Andrade, igualmente, sumaria o mesmo raciocínio, para quem os direitos fundamentais não podem ser pensados do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, mas valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins.⁸¹

Louis Favoreu, a seu turno, referindo-se a função objetiva dos direitos fundamentais na ordem jurídica Alemã afirma que “*os direitos fundamentais não são somente direitos subjetivos, suscetíveis de ser invocado pelos particulares contra o Estado. Eles também têm uma função objetiva como sistema de valor imposto ao legislador, ao juiz e ao administrador*”⁸²

Na seqüência, acrescenta o autor:

*Mas a influência dos direitos fundamentais e da jurisprudência que os interpreta seria menos forte se não houvesse um mecanismo que permitisse torná-la efetiva. De fato, o Tribunal Constitucional pode assegurar o respeito às suas decisões, graças ao controle por meio de remessas dos Tribunais das normas e sobretudo ao recurso constitucional, que permite a todos submeter a ele julgamento ou decisões administrativas que desprezem sua interpretações dos textos constitucionais e, particularmente, daqueles relativos aos direitos fundamentais.*⁸³

O recurso extraordinário, nesse contexto, é reinstrumentalizado no sentido de alcançar máxima efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, em sua dimensão objetiva, visto que são sustentáculo do próprio ordenamento jurídico constitucional moderno. Eis o recurso extraordinário, como pensado por Louis Favoreu ainda que em referência ao Tribunal Constitucional Alemão, atuando como mecanismo a torná-los efetivos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por essa senda, é

⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 144-145.

⁸² FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 75.

⁸³ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, 75.

uma meta a ser alcançada pelo recurso extraordinário nessa nova perspectiva que lhe outorga a jurisdição constitucional, a supina missão de defesa objetiva do sistema jurídico. O recurso extraordinário não é um recurso das partes, prevalece na espécie o interesse público, embora o que impulsiona a recorribilidade seja o interesse privado, mas sim um recurso do sistema jurídico como um todo, a fim de garantir os elementos objetivos fundamentais da comunidade, isto é, os elementos essenciais do ordenamento objetivo da comunidade nacional reconhecidos historicamente no Estado Constitucional de Direito que representam o marco de uma convivência humana justa e pacífica. Assim, as questões constitucionais levadas ao Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário que envolva direitos fundamentais “devem ter sua eficácia valorada não só sob o ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar”.⁸⁴ Observa-se, em paralelo com o nosso recurso extraordinário, que no direito Alemão o mecanismo utilizado para dar efetividade aos direitos fundamentais é o recurso constitucional, suscitado pelos juizes de primeira instância e remetido ao Tribunal Constitucional para ser decidido, o que lhe confere efeito vinculante. Expediente esse, de certa forma, próxima ao recurso extraordinário, com a peculiaridade que aqui o próprio juiz decide sobre a inconstitucionalidade da norma, sem remessa direta ao Supremo Tribunal Federal que somente é provocado através do recurso extraordinário. Mas, uma vez decidida a questão constitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal chega-se a resultado idêntico ao Tribunal Constitucional Alemão, mas só que aqui não se atribui efeito vinculante as decisões advinientes do recurso extraordinário. Por que

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria dos advogados, 1998, p. 143.

não, se lá como aqui a Corte Constitucional tem o dever de zelar pela guarda da Constituição? Se lá como aqui, busca-se, também, proteger a face objetiva dos direitos fundamentais? A diferença não se sustenta mais por si só desconexa com teleologia do sistema jurídico.

O efeito vinculante é uma prerrogativa da jurisdição constitucional e não exige, por isso mesmo, de regra expressa na Constituição⁸⁵. O efeito vinculante somente vem a explicitar, e ao mesmo confirmar, a força normativa da Constituição⁸⁶. Nesse direcionamento, apercebe-se que a “Constituição de 88 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de declaração de inconstitucionalidade”⁸⁷, especialmente a respeito da amplitude da eficácia da decisão pronunciada em recurso extraordinário.

Gilmar Ferreira Mendes nos dá uma lição completamente definitiva, *in verbis*:

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal*. In: Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 290.

⁸⁶ Dissertando sobre a força normativa da Constituição, assevera SEGADO, Francisco Fernández para quem: “Esta eficácia normativa superior de la Constitución no podrá explicarse, como advirtiera Bachof, más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución, por un orden de valores que vincula directamente a los três poderes del Estado, tal como se manifesta expressamente en la regulación de los derechos fundamentales, por un orden de valores que las Constituciones vienen a considerar anterior a ellas mismas, em cuanto que, además, no há sido creado por ellas, que se limitan a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idéia de hombre que descansa en estos valore” (SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México). Vide ainda a monumental obra de Konrad Hesse para aprofundamento do tema em HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal*. In: Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 294.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei nº 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º A).⁸⁸

Realmente, refoge ao bom senso admitir que a decisão proferida em sede de ADI ou ADC seja dotada de efeito vinculante, e relegar a decisão proferida no âmbito do controle incidental eficácia adstrita as partes. A via incidental é muito mais morosa, pois atravessa todas as instâncias antes de desembocar na Corte Constitucional, por isso, ela possui, quiçá, um colorido a mais de legitimidade democrática que aquelas proferidas em controle abstrato, porquanto posta em discussão em todas as instâncias inferiores franqueando, assim, um amplo debate em torno do caso concreto até culminar no Supremo Tribunal Federal. O caso concreto decidido via incidental é julgado no fervor da causa e em vista da riqueza da vida real que o caso concreto esperta, dessa feita, muito mais interessante para a sociedade sob o ângulo prático e social que as causas decididas na frieza do controle abstrato, que julga uma questão de compatibilidade constitucional de uma lei que pode nunca vir a ser aplicada, ainda que inconstitucional, e, desse modo, sem eficá-

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal*. In: *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 297.

cia social. A eficácia ampliada, portanto, das decisões pronunciadas em recurso extraordinário está visceralmente ligada ao papel da jurisdição constitucional fundamentada em sua justificação substantiva, consoante visto em notas precedentes.

Aos poucos as decisões legislativas, influenciadas pela jurisprudência da Corte Constitucional, vêm reconhecendo os efeitos transcendentais às decisões do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de recurso extraordinário. Assim, no plano do controle de incidental de constitucionalidade, afastando-se de uma concepção estritamente subjetiva do recurso extraordinário, a Lei 10.259/2001, significou um avanço na reacionária perspectiva que caracterizava o recurso extraordinário na ordem jurídica brasileira, deixando de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes para assumir, sentenciosamente, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.⁸⁹

Analisando essa nova feição que vem sendo, paulatinamente, conferida ao Recurso Extraordinário, pronunciou-se Gilmar Mendes, no Processo Administrativo nº 318.715/ STF, que culminou na edição da Emenda nº 12 ao Regimento Interno do Supremo Federal, publicada no DJ de 17.12.2003:

O Recurso Extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). [...]

A função do Supremo nos Recursos Extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, Trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Novas Perspectivas do Recurso Extraordinário: a experiência dos juizados especiais federais e sua repercussão sobre o sistema judicial comum*. Repertoria de Jurisprudência IOB, 2ª quinzena de abril de 2005, nº 8/2005, v. III, p.247.

pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

Como forma de defesa da ordem constitucional objetiva o Recurso Extraordinário, quando afeto ao Plenário da Suprema Corte, passa a “produzir efeitos ultra partes, como precedente jurisprudencial vinculativo [...]”.⁹⁰ Os fundamentos (*holding*) determinantes do Recurso Extraordinário, nessa perspectiva de jurisdição constitucional, possuem força vinculante e *erga omnes*. Essa é a saída substancialista desejada pelo recurso extraordinário no esquadro constitucional contemporâneo.

Gilmar Ferreira Mendes ao comentar o tema desenvolve a idéia:

A Corte Internacional Alemã sempre interpretou o efeito vinculante (*Bindungswirkung*), previsto no parágrafo 31, I da Lei Orgânica do Tribunal, como instituto mais amplo do que a coisa julgada (e do que a força de lei, por conseguinte) exatamente por tornar obrigatória não apenas a observância da parte dispositiva da decisão, mas também dos chamados fundamentos determinantes (*trade Grunde*). Os órgãos e autoridades federais e estaduais estariam, assim, vinculados as assertivas abstratas (*abstrakte rechtsaussagen*) da Corte Constitucional. A decisão não resolveria apenas caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro.

Segundo este entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (*Tenor*) e dos fundamentos determinantes (*trade Grunde*) sobre a interpretação da Constituição hão de ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros.⁹¹

Desse modo, conquanto a causa levada em razão do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal seja forma de controle de constitucionalidade incidental, a idéia de que a

⁹⁰ DIDIER JR. Fredie & CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Bahia: Podivm, 2007, p. 280.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *A ação declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993*, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Saraiva, 1995, p. 102.

decisão proveniente de Recurso Extraordinário atinja apenas as partes e somente entre elas tem eficácia tem sido aplacada pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. “Essa tese sustenta que mesmo decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental -, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de feito vinculante em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário”.⁹²

Observa-se, de fato, que existe um processo irreversível de objetivação do controle concreto de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, fez brilhante ponderação a ministra Ellen Gracie, no que foi acompanhado por seus pares, no julgamento do AI 375011 mencionado em passo anterior. No caso, *sub examine*, perigava o direito fundamental da igualdade de tratamento, que, sem dúvida, é um valor objetivo fundante de toda e qualquer ordem jurídica dita constitucionalmente democrática. Nesse passo, a transcendência dos motivos determinantes do recurso extraordinário vem destinado, não apenas solucionar o caso concreto posto em julgamento (aliás, o caso concreto é o que menos interessa no deslinde do recurso extraordinário que é atingido apenas reflexivamente), mas sim preservar a dimensão objetiva do direito fundamental a igualdade, e, portanto, tutelar a ordem constitucional objetiva. Portanto, vislumbra-se uma tênue imbricação da teoria que afirma a dimensão objetiva dos direitos fundamentais com essa nova perspectiva que marca o recurso extraordinário no sentido de atribuir-lhe eficácia vinculativa. Pois, exatamente, a objetivação do recurso extraordinário guarda um viés que leva em conta a tutela objetiva dos direitos fundamentais, sejam eles discutidos direta ou indiretamente na questão enfrentada.

Recorde-se, nesse eito, a observação de Häberle segunda

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme, “Teoria Geral do Processo”. 3^a ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 58-59.

a qual “a função da Constituição na Proteção dos Direitos Individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo (no Brasil, recurso extraordinário)⁹³, dotado de uma dupla função, subjetiva e objetiva, consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo”.⁹⁴

No que concerne ao procedimento para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato, ambos são praticamente idênticos perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal. Não se justifica mais, nessa medida, atribuir efeito vinculante a um modelo e não ao outro. Essa linha de raciocínio é defendida por Gilmar Ferreira Mendes para quem “de qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto as suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental”.⁹⁵

Nessa altura, em remate, deve-se fazer um breve parêntese para demonstrar que a tendência de objetivação do Recurso Extraordinário não perde importância como poderia parecer diante da súmula vinculante, criada com a Emenda Constitucional 45/2004. Poder-se-ia ter a falsa noção que com a criação da súmula vinculante descaberia falar em objetivação do recurso extraordinário com efeito vinculante, pois bastaria apenas o Supremo Tribunal Federal editar uma súmula vinculante para tal caso. Essa não é a melhor posição, embora mais cômoda aos que não matem uma preocupação de desenvolver a pesquisa. Portanto, melhor razão assiste a Marinoni segundo o qual “a verdade é que o núcleo essencial ou *ratio decidendi* das deci-

⁹³ Esclarecido nos parênteses.

⁹⁴ Peter Haberle, *O recurso de amparo no sistema germânico*, apud Gilmar Mendes Ferreira no voto proferido na Medida Cautelar em RE 376852 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2003, DJ 13-06-2003 PP-00011 EMENT VOL-02114-05 PP-00853.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, nº 162, abr./jun. 2004, p. 164.

sões proferidas em recurso extraordinário podem ser facilmente extraíveis dos seus acórdãos. Nestes casos, não havendo dificuldade para delinear a *ratio decidendi*, tem a decisão efeito vinculante. Quando, ao contrário, embora o Supremo tenha decidido várias vezes acerca da questão constitucional, a *ratio decidendi* ou o núcleo essencial da decisão permanece indecifrável ou obscuro, é que surge a necessidade da súmula vinculante”.⁹⁶ Assim, para Marinoni quando for possível identificar a *ratio decidendi*, o Recurso Extraordinário terá efeito vinculante operando o controle abstrato de constitucionalidade; de outra forma será quando a *ratio decidendi* for indecifrável ou tortuosa sua identificação, caso que se fará necessária a edição de súmula vinculante para contornar os lindes exatos e precisos da questão que terá efeito vinculante. Essa a nosso vê parece a melhor orientação. Para confirmar a tese, Ramon Ouais Santos⁹⁷, formula o exemplo da súmula vinculante 13, cujo teor segue transcrito:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição federal.

Da simples escritura da súmula não se desvela à ressalva quanto a nomeação de parentes á cargos políticos de natureza estritamente política. O informativo 524, de sua banda, põe a calvo a exceção citada, cujo entrecho reproduz-se abaixo:

O Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que deferira pedido de liminar em reclamação, na qual se impugna, sob alegação de

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, “Teoria Geral do Processo”. 3^a ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 60-61.

⁹⁷ SANTOS, Ramon Ouais. *Teoria dos Capítulos de sentença à luz das técnicas de jurisdição constitucional*. Repro 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

afronta à Súmula Vinculante 13, decisão proferida em ação popular que suspendera o ato de nomeação do reclamante, irmão do Governador do Paraná, para o cargo de Secretário Estadual de Transportes (Decreto estadual 3.3.48/2008). Entendeu-se irretocável a decisão recorrida. *Reportando-se ao que decidido no RE 579951/RN (DJE de 12.9.2008), asseverou-se que a nomeação de parentes para cargos políticos não implica ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, em face de sua natureza eminentemente política, e que, nos termos da Súmula Vinculante 13, as nomeações para cargos políticos não estão compreendidas nas hipóteses nela elencadas.* Dessa forma, não seria possível submeter o caso do reclamante - nomeação para o cargo de Secretário Estadual de Transporte, agente político - à vedação imposta pela referida Súmula Vinculante, por se tratar de cargo de natureza eminentemente política. Por fim, no que se refere ao pedido formulado pelo agravante no sentido de se impedir o exercício pelo reclamante do cargo de responsável pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA, autarquia estadual, considerou-se o fato de não se estar a analisar o mérito da presente reclamação, devendo o julgamento ficar restrito apenas à aferição da fumaça do bom direito. Vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, ao fundamento de que não seria possível empolgar o que decidido no RE 579951/RN para se ter base para a reclamação, por se tratar de processo subjetivo, e porque o Verbete Vinculante 13 não versaria expressamente a possibilidade da nomeação verificada.

Rcl 6650 MC-AgR/PR, rel. Min. Ellen Gracie, 16.10.2008.

Dessa feita, ressaí com meridiana clareza que a súmula nem sempre é clara quanto seu alcance, quanto à definição da sua *ratio decidendi*. Isso se evidencia no caso da Súmula vinculante nº 13, a qual deixou escapar parte dos fundamentos determinantes que determinou a exceção aos ocupantes de cargos políticos. Adverte, nesse sentido, Ramon Ouais Santo, reforçando a orientação esposada por Marinoni, para quem as sumulas, vinculantes ou não, devem ser encaradas como textos, e não como já normas, ou seja, devem ser contextualizado a luz

do caso concreto, analisando-se se os fatos submetidos a julgamento encontram paralelo nas circunstâncias que convergiram no paradigma.⁹⁸

Em vista, portanto, das vicissitudes da dinâmica social a luz das técnicas da jurisdição constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se já uma real intencionalidade de outorgar ao recurso extraordinário um perfil objetivo, a minguada do seu, então, viés cifrado a tutela dos interesses da parte, o que, com efeito, redundará na abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. A nota específica, em face de tudo que se disse até o momento, repousa na máxima na proteção da esfera objetiva dos direitos fundamentais, e da própria unidade da Constituição, levada a cabo por uma atuação substancial da jurisdição constitucional, o que de resto importa repensar o processo civil propiciando a revisão de conceitos doutrinários de antanho a partir da análise do texto constitucional de índole substancial, embora muitas vezes de conseqüência práticas, como é o caso da racionalização das decisões advinientes do Supremo Tribunal Constitucional, no seu mister de guarda da Constituição, ou melhor, da verticalização em sentido de precedente vinculativo das decisões pronunciadas pelo Supremo Tribunal Federal em deferência a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade no direito brasileiro é realizado, prioritariamente, pelo poder judiciário a partir da adoção de um sistema em que convivem harmonicamente dois

⁹⁸ SANTOS, Ramon Ouais. *Teoria dos Capítulos de sentença à luz das técnicas de jurisdição constitucional*. Repró 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61. A respeito do tema, vide Lenio Luiz Streck: *O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17&Itemid=40.

modelos distintos, o difuso e o concentrado. Portanto, o sistema de controle de constitucionalidade nacional é misto, ou, se preferir, eclético. Ou noutro giro verbal, a jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro pode ser exercida tanto no sistema concentrado ou difuso. Isso nos permite afirmar que o modelo de constitucionalidade é extremamente amplo e criativo.⁹⁹ Ou seja, a exemplo do que ocorre em Portugal, a Constituição brasileira contempla um sistema eclético de controle de Constitucionalidade.

Por esse prisma, a Constituição de 1988, sem dúvida, propiciou um alargamento da defesa da Constituição. Esse alargamento se deu, sobretudo, pela combinação de novos institutos de controle de constitucionalidade, aproximando o controle concentrado ao controle difuso, de modo a repercutir positivamente no sentido concretizador da Constituição. Talvez, essa combinação do exercício do controle de constitucionalidade tenha levado Oscar Nelson de Souza a constatar que o Brasil detém o sistema de controle de constitucionalidade mais complexo, mais abrangente e também, por que não, mais consistente e confiável dentre os conhecidos nos regimes jurídicos do mundo ocidental.¹⁰⁰

A fusão desses dois modelos no direito brasileiro, conforme adverte Gisele Santos Fernandes Góes, pode, contudo, levar a eficácia do sistema ou a implosão do mesmo.¹⁰¹ Deveras, os dois sistemas podem se alterar, porquanto no controle difuso o exercício da constitucionalidade é feito por todos os juizes e tribunais ensejando uma série de decisões que nem sempre soam no mesmo sentido, enquanto no modelo concen-

⁹⁹ FIGUEREIDO, Marcelo. *O controle de Constitucionalidade (algumas notas e preocupações)*. In: Cadernos de Soluções Constitucionais, nº . São Paulo: Malheiros, 2003, p. 194.

¹⁰⁰ SOUZA, Nelson Oscar. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V.9, nº 38, 2002, pp. 137-167.

¹⁰¹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Reclamação Constitucional*. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Ações Constitucionais*. 2ª ed. Salvador: Juspvom, 2007, p. 483.

trado o controle é realizado de forma singular pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, é crível que a combinação dos dois modelos do controle de constitucionalidade conduz a maior eficácia do sistema, sobretudo na vertente substancialista de legitimidade da jurisdição constitucional aqui empreendida. Pois, validamente, a incorporação do modelo difuso e concentrado nas hostes do direito brasileiro permite uma vigília diuturna do conteúdo material da Constituição, embora possam surgir decisões divergentes acerca da constitucionalidade da mesma norma constitucional. Eis mais um argumento para reforçar a transcendência da *ratio decidendi* das decisões pronunciadas em sede de recurso extraordinário afeto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo a vincular as decisões dos magistrados de hierarquia inferior quando em questão a tutela dos direitos fundamentais.

Vivencia-se, assim, uma mudança de perspectiva do controle incidental de normas. Começa-se a partir da noção de jurisdição constitucional em sua vertente substancialista a emprestar um perfil objetivo ao recurso extraordinário destinado a preservar a unidade da Constituição, de modo a conferir-lhe eficácia ultra partes, como precedente jurisprudencial vinculativo, sobretudo em salvaguarda a dimensão objetiva que os direitos fundamentais encetam, os quais, aliás, são as vigas mestras sobre o qual assenta, direta ou indiretamente, todo edifício jurídico constitucional.

De qualquer sorte, esse movimento em torno da objetivação do recurso extraordinário traduz o fortalecimento da jurisdição constitucional, o que de certa forma é positivo já que historicamente o avanço da jurisdição constitucional sempre se relacionou ao respeito à dignidade humana e à democracia.



REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição á brasileira: situação e limites*. In: *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1998*. Fernando Facury Scaff (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AGRA, Walber de Moura. *A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 1, nº 2, p. 127-152 abr./ jun. 2007.
- AGRA, Walber Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico y razón práctica*. In: *El concepto y validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: vários autores. *Tribunales constitucio-*

- nales europeos y derechos fundamentales. Tradução livre. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAVALCANTE, A *Lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário*. Repro 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIDIER JR. Fredie & CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Bahia: Podivm, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- FIGUEREIDO, Marcelo. *O controle de Constitucionalidade (algumas notas e preocupações)*. In: Cadernos de Soluções Constitucionais, nº . São Paulo: Malheiros, 2003.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Reclamação Constitucional*. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Ações Constitucionais*. 2ª ed. Salvador: Juspvom, 2007.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. De Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.
- GRIFFIN, Stephen M. *A Era Marbury: o Judicial Review em uma democracia de direitos*. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris,

2010.

- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1988.
- LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional poder: é efetiva a constituição brasileira?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *O Recurso Extraordinário na Constituição Federal de 1988*. Repró 56. São Paulo: Revista dos Tribunais
- LINARES QUINTANA, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. 1ª Ed., t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A ação declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993*, in Ação Declaratória de Constitucionalidade, Saraiva, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário Aspectos Inexplorados*. Revista da Ajuris, nº 61, Porto Alegre, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Novas Perspectivas do Recurso Extraordinário: a experiência dos juizados especiais federais e sua repercussão sobre o sistema judicial comum*. Repertoria de Jurisprudência IOB, 2ª quinzena de abril de 2005, nº 8/2005, v. III.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no con-

- trole de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, nº 162, abr./jun. 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal*. In: *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?*. In : SAMPAIO, José Adércio Leite e Cruz; SOUZA, Álvaro Ricardo de, (orgs). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RANELLETTI, Orest. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 1ª ed., Milão, Giuffrè, 1948.
- RE 475812 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 13/06/2006, DJ 04-08-2006 PP-00073 EMENT VOL-02240-08 PP-01542.
- RE 376852 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2003, DJ 13-06-2003 PP-00011 EMENT VOL-02114-05 PP-00853
- SANTOS, Ramon Ouais. *Teoria dos Capítulos de sentença à luz das técnicas de jurisdição constitucional*. Repró 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria dos advogados, 1998.
- SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Bruguesa: que é o terceiro estado?*. Trad. de Norma Azeredo. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1986.

- SILVA, José Afonso. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional: conceitos e fundamentos da jurisdição constitucional*. Revista Brasileira de estudos políticos, nº 60-61, 1985,
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- SOUZA, Nelson Oscar. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V.9, nº 38, 2002.
- STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz. *Os Meios de Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição Brasileira*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. O *fahrenheit* sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17&Itemid=40. Acessado em: 23/07/2010.
- TAVARES, André Ramos. *O Discurso dos Direitos Fundamentais na legitimação e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. In: *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. TAVARES, André Ramos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VILANOVA, Lourival. “Proteção jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento”. *Anais da IV Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil*.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007.