O controle de Constitucionalidade e a Atuação do Supremo Tribunal Federal na busca da Efetividade Processual: um Direito Fundamental Constitucionalmente Garantido

The control of Constitutionality and the Role of the Supreme Court in search Effectiveness Procedure: A Fundamental Right Constitutionally Guaranteed

ROBERTA DE ANGELIS SCARAMUCCI¹

1 - INTRODUÇÃO

O maior desafio do estudo do direito é entender como o processo serve de instrumento em busca de um fim maior, senão a efetividade que este pode alcançar na tutela do direito material, esta questão por mais simples que possa parecer ser, assume tamanha relevância para o desenvolvimento e sobrevivência não só de todo um sistema jurídico implantado no País, mas da existência do Estado Democrático de Direito

¹ Advogada, Especialista em Direito Civil e Processual Civil e Mestranda pela Instituição Toledo de Ensino. Bauru/SP – Rua Guilherme de Almeida, 4,65 apto 101 – Telefone (14) 3223.4866 – CEP 17011-134 - E-mail beta_das@hotmail.com

Brasileiro, e é questão de interesse de toda coletividade.

Neste trabalho serão traçadas algumas considerações acerca da importância dos mecanismos processuais de controle de constitucionalidade, como concretizador das normas constitucionais e meio para a busca da efetividade da atividade jurisdicional.

A análise de instrumentos que dão mais “poder” ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e legitimado maior no controle de constitucionalidade, desempenhando importante papel na busca da efetividade do processo e de toda atividade jurisdicional do Estado, desta feita importante se faz o apontamento a respeito da Súmula Vinculante e sua estreita ligação com o perfil de um verdadeiro Tribunal Constitucional que deve adquirir o Supremo Tribunal Federal, nos moldes de uma representatividade popular; e ainda a análise da repercussão geral do Recurso Extraordinário.

Busca-se mostrar a importância de todo o sistema de controle de constitucionalidade das leis e também como a ampliação ao acesso a este controle da maior efetividade a prestação jurisdicional, sendo assim um verdadeiro direito fundamental, oposto à todos e de dever do Estado.

2- EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Hoje em dia o conceito de jurisdição tomou outros contornos, os jurisdicionados têm o direito garantido de obtenção de resposta satisfatória por parte do Estado, e para tanto devem haver mecanismos garantidores de

certas prerrogativas fundamentais.

Estas prerrogativas se traduzem nos princípios e regras constitucionalmente estabelecidos, em sede de direitos fundamentais, inerentes a todos os brasileiros.

A ordem constitucional vigente em nosso País que se baseia acima de tudo no imperativo do respeito integral à dignidade da pessoa humana.

O conteúdo normativo estabelecido na Constituição, aliás em qualquer Constituição, configura-se em direitos fundamentais, que são direitos provenientes do povo, e devem ser protegidos e garantidos pelo Estado.

“Por sua vez, tanto a Constituição como a manifestação soberana, quanto o Direito Constitucional como direito positivo, surgem de um poder de fato, não de um poder de direito, pois o poder constituinte é o povo, entendido como categoria jurídica de grandeza pluralística, formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, idéias, crenças e valores, plurais, convergentes e conflitantes. A obrigatoriedade da Constituição se explica em termos de legitimidade, ou seja, em termos políticos, sociológicos ou, até, psicológicos. A fonte jurídica do Direito Constitucional é a Constituição de um povo, ou seja, aquela que expressa o caráter revolucionário e resulta, ao final, em um texto de princípios e regras, de cunho histórico ou sistemático.” (ALARCÓN, 2004, p. 156).

O Estado Democrático de Direito, nasceu com o fundamento da

democracia², para a consolidação desta democracia temos que analisar a evolução dos direitos fundamentais, remetendo-nos a primeira oportunidade onde foram tratados destes direitos, na “Magna Charta Libertatum”, de João Sem-Terra, em 1215, que trouxe pela primeira vez institutos referentes ao processo como garantias fundamentais inerentes a todos os homens,³ caminhando com o desenvolvimento da sociedade ocidental, trouxe a “Bill of Rights” em 1689 o fortalecimento do princípio da legalidade, que vêm sendo reafirmado com as modificações sociais até hoje, sendo forte ponto de segurança jurídica, mantendo a princípio a ordem nas relações sociais.

O princípio do Juiz Natural e Imparcial veio a tomar contornos explícitos com a Declaração de Direitos da Virgínia, durante a Revolução dos Estados Unidos, entretanto o marco histórico que veio a enaltecer os direitos fundamentais como tais, foi sem dúvida na França, onde em 1789 foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e com esta veio o que se conceitua como direitos fundamentais de primeira

2 Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, p.150-151. “ Uma síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados , como exigências da democracia, permite-nos indicar três pontos fundamentais: A *supremacia da vontade popular*; que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários. A *preservação da liberdade*, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado. A *igualdade de direitos*, entendida como a proibição de distinções no gozo dos direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais. A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade.”

3 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini, Os Princípios Constitucionais, n.4, p.8 “ o antecedente histórico das garantias constitucionais do processo é constituído pelo art. 39 da Magna Charta, continha a garantia do devido processo legal, embora não empregar a locução hoje consagrada (falava em law of the land).”

geração⁴, os chamados direitos de liberdade.

Ainda tratando da evolução das gerações dos direitos fundamentais, temos os direitos de segunda geração que se consubstanciam nos direitos sociais, aqui surgiu a guarida do Estado prestador em prol de dirimir as carências da coletividade, a intervenção do Estado diferentemente dos direitos de primeira geração é exigida e necessária, tentando dirimir as diferenças, e trazendo condições para que todos os indivíduos em sociedade possam viver de maneira igual em termos de condições de vida.

Os direitos fundamentais de terceira geração tratam pois da coletividade como um todo⁵, dos direitos que atingem e são de interesse de qualquer um dos membros da sociedade, pois dizem a respeito a estes como conjunto, vez que vivem e se mantêm em grupo, são direitos indissolúveis, por isso tratados como direitos de solidariedade, ou como tratados pelos fundamentos da Revolução Francesa, de direitos de fraternidade, resumindo assim as três gerações na *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, tão guerreada esta ideologia e até hoje perseguida como estrutura fundamental na sociedade.

Existem ainda os que defendam a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, como Paulo Bonavides, impulsionado pelo mestre

4 Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes, Curso de Direito Constitucional, 10ª ed. São Paulo:Saraiva, 2006 “O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social.”

5 Op. cit. p.118 “Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.”

Norberto Bobbio:

“Nesta última classificação, Bobbio amparado e guiado pelos princípios de ordem jurídica justa e outros, certamente envolvidos por questões humanitárias, assevera pela existência de direitos humanitários, destacamos ainda que de forma exemplificativa os direitos do nascituro, hoje tido não mais como puras expectativas, mas sim como verdadeiros direitos” (RODRIGUEIRO, 2004, p.36).⁶

Concebendo-se assim, e incluindo-se os direitos referentes à biotecnologia, bioética, engenharia genética, até aqueles ligados à tecnologias de informação e internet, todos afetos aos direitos humanos como meio de alcance da dignidade humana.

Exauridas as concepções acerca da evolução das gerações dos direitos fundamentais, e não restando dúvida de que qualquer forma de Estado Democrático de Direito deve se basear na proteção dos direitos fundamentais, que são parte nata de qualquer indivíduo, tendo como forma de sua garantia além das atividades do poder Público, todo um arcabouço constitucional, conhecido como sistema de garantias fundamentais.

Nota-se que deve haver uma barreira entre aqueles direitos que devem sofrer a ingerência do Estado, para possibilitar ao indivíduo qualidade de vida, e aquelas liberdades referentes a direitos individuais, que por mais que garantidos devem ser exercidos a critério do próprio indivíduo, é pensando assim que chegamos a conclusão que matérias como aborto, união homoafetiva, muito discutidas nos dias atuais, não devem

6 RODRIGUEIRO, Daniela Ap. **Dano Moral Ambiental; Sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004

sufrer intervenção do Estado, pois cabe àqueles envolvidos decidirem sobre suas conseqüências pessoais.

Por mais que os moldes atuais do Estado Democrático de Direito vieram como conquistas aos direitos dos homens, e podemos verificar que hoje em dia atitudes antes consideradas normais, como a escravidão, tortura, etc, são repudiadas com a devida medida de horror e combatidas amplamente, este já vem se acometendo de crises consideráveis:

“a chamada crise do Estado-providência, derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxos das ideias socialistas ou socializantes perante ideias neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra de competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social). Em quarto lugar, e mais importante doque todas estas vicissitudes e estes problemas, deparam-se, porém, a degradação da natureza e do ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e países não-industrializados, as situações de exclusão social mesmo nos países mais ricos, a manipulação comunicacional, a cultura consumista de massas, a erosão de certos valores éticos familiares e políticos.” (MIRANDA, 2003, p. 54-55)

Os valores que se estabeleceram em nossa Constituição e que fazem parte da maioria das Constituições dos países desenvolvidos no todo ou em parte, são louváveis, porém a preocupação mora no campo da aplicação destes valores fundamentais, pois é exatamente a não aplicabilidade dos

mesmos que está gerando os problemas acima transcritos pelo professor português Jorge Miranda.

Nossa Constituição além de alcançar as dimensões dos direitos fundamentais postos acima, de caráter individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais, difusos e coletivos, abrange também a dimensão processual como direito fundamental, para tanto criou o que chama a majoritária doutrina de Direito Constitucional Processual, ou como conceitua Cândido Rangel Dinamarco *a Jurisdição Constitucional*,⁷ que se traduz na caracterização de princípios processuais constitucionais, isto é normas de processo constitucionalmente expressas.

Este ainda não é considerado um ramo independente do direito, traduz-se em linhas constitucionais que traçam a fixação dos órgãos jurisdicionais, reunião dos princípios processuais e normas do processo à luz de nossa Constituição, em consonância com esta noção é que o artigo 5º de nossa Constituição traz como Direitos e Garantias Fundamentais os princípios que inerentes a prestação jurisdicional e a função social do processo

2.1 Direito Processual Constitucional e o Controle de Constitucionalidade

Mandado de Injunção

7 “Fala-se na jurisdição constitucional, pensando-se agora diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social, econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias: o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis.” (Dinamarco, A instrumentalidade do processo, p.30)

O mandado de injunção, previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição é o meio constitucional que serve para quem considerar-se prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Ação direta de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade

Hans Kelsen idealizou a hierarquia das normas no ordenamento jurídico, incluindo a Constituição, como norma fundamental e superior, o Princípio da Supremacia da Constituição traz a idéia de que a constituição é soberana dentro do ordenamento jurídico, ou seja, todas as outras normas jurídicas existentes a ela.

Para aplicação e respeito à supremacia das regras e princípios constitucionais face às demais leis e atos normativos do ordenamento jurídico, necessário se faz a existência de um sistema de fiscalização, tanto no processo de criação destas normas, quanto com relação a seu conteúdo.

No Brasil, este sistema de fiscalização é composto de duas vertentes, o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade.

- Controle Concentrado ou Abstrato

Ao Supremo Tribunal Federal foi dado o dever de guardar a constituição, por esta razão, é ele quem detém competência para processar e julgar originariamente as Ações do controle concentrado de constitucionalidade, decorrendo expressamente do artigo 102, I , “a” da Constituição Federal.

Ação Direta de Inconstitucionalidade: é a ação que visa a impugnação da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais que encontram-se em confronto formal ou materialmente com a Constituição.

Neste contexto se entende também como objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, lei ou ato normativo distrital, quando neste caso, no uso de sua competência legislativa estadual.

Com relação a lei ou ato normativo referido no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu alguns parâmetros: que seja pós constitucional, isto é lei ou ato em vigor após a promulgação da Constituição, possuir abstração, generalidade e normatividade e ofender diretamente o texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal não admite impugnação de leis ou atos normativos revogados, isto é, que não estejam em vigor no momento da apreciação da ação direta.

O rol de legitimados para a propositura da ação direta está expressamente elencado no artigo 103 da Constituição.

Pedro Lenza⁸ ensina que nem todos possuem poderes para propor qualquer ação direta; os legitimados universais são o Presidente da República, a mesa do senado, a mesa da câmara dos deputados, o procurador geral da república, partido político com representação no congresso nacional e o conselho federal da OAB. Estes estão aptos a propor a ação direta de qualquer natureza, sem a necessidade de demonstração de pertinência temática.

⁸ In Curso de Direito Constitucional Esquemático, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

Já os legitimados relativos, que são o governados de estado e distrito federal, a mesa da assembléia legislativa, a mesa da câmara legislativa do distrito federal, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional. Estes deverão comprovar pertinência temática de seus fins com o objeto da ação direta para a sua propositura.

Ação Declaratória de Constitucionalidade: é aquela ação que busca a declaração de constitucionalidade de leis ou atos FEDERAIS, com o objetivo de uniformização da jurisprudência pátria, quando estivermos diante de controvérsia judicial relevante.

Com relação a este requisito, é justamente a controvérsia judicial que dá razão de ser a ação declaratória, uma vez que tornar-se necessária a comprovação de que os tribunais estão divergindo sobre a constitucionalidade de dada lei federal, tendo esta ação o condão de acabar com as discussões neste sentido.

Para afastarmos a interpretação de que o Poder Judiciário estaria por exercer uma função homologatória dos atos do Poder Legislativo, a situação de controvérsia deve ser suficiente para afetar a presunção de constitucionalidade da lei.

Com o advento do emenda 45 de 2004 a decisão destes dois tipos de controle de constitucionalidade concentrado, possui efeito *erga omnes*, e efeito vinculante, aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, por força do que agora dispõe o parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição.

Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição estabelece que é competência do STF apreciar a argüição de descumprimento de preceito fundamental, porém foi a Lei nº 9882/99 que definiu os objetivos de tal instrumento jurídico.

Cabendo para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, e também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, incluindo-se nestes os que antecederam a Constituição.

Este novo instituto veio para complementar o controle de constitucionalidade concentrado feito pelo STF, pois pode ter como objeto de apreciação, questão não antes apreciadas pela ação direta de inconstitucionalidade e pela ação declaratória de constitucionalidade.

3- CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Diferentemente do direito norte americano que mantém apenas o controle difuso de constitucionalidade, o sistema brasileiro é misto, isto é, possui além do controle concentrado, como já vimos.

O controle difuso tem origem nos Estados Unidos, quando da decisão no célebre caso Marbury x Madison, decidido por John Marshall, que teve suscitado pela primeira vez na história, um conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a constituição; e a decisão neste caso fez prevalecer a constituição, por ser uma norma superior hierarquicamente.

Nas palavras de Pedro Lenza: “ o controle difuso, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do poder judiciário.”⁹

A questão de constitucionalidade poderá ser argüida em qualquer processo, de maneira incidental, sendo analisada como questão prejudicial à análise do mérito.

A decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso trará eficácia somente entre as partes, e via de regra com efeitos ex tunc, sendo assim retroativos.

Com relação ao Recurso Extraordinário, que é o instrumento processual, que garantirá que a questão de constitucionalidade chegue a apreciação do Supremo Tribunal Federal, importante requisito foi inserido pela Emenda nº 45/2004, senão a repercussão geral.

Dar ao crivo da corte suprema a apreciação de questões de grave relevância parece-nos pertinente, ao passo que toma contornos em busca da celeridade e efetividade processual.

Retorna novamente à pauta de nosso direito, o princípio da transcendência já verificado em nosso ordenamento anteriormente e muito difundido pelo sistema legal argentino, onde a admissão e cabimento do recurso extraordinário só ocorre se houver “gravidad institucional”.¹⁰

⁹Op. Cit. Pg. 178

¹⁰ Lei 23.774 (Código de Processo Civil e Comercial ARGENTINO) – Artigo 280: “La corte según su sana discreción, y com la sola invocación de esta norma, rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”

(A corte segundo sua discricionariedade sadia, e com base na invocação desta norma, poderá não rechaçar o recurso extraordinário, por falta de lesão suficiente ao

Foi sob a égide da Constituição de 1967 que já se condicionava a apreciação do recurso extraordinário: “ que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.”

Este princípio nada mais é, que a concepção de filtragem de matéria para recursos de natureza extraordinária, permitindo ao Supremo Tribunal Federal o exercício do poder de selecionar com prudência as causas suscetíveis de seu exame jurisdicional. Seria dizer que é o fenômeno que transcende o direito das partes e se amplia ao coletivo.

Mesmo porque a competência do Supremo Tribunal Federal é de salvaguardar o que estabelece a Constituição, pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, por isso deve apreciar questão de relevância social, política e econômica afetas aos cidadãos brasileiros.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo nesta toada de garantir a aplicação dos preceitos constitucionais, assim sendo, sua própria atuação já toma repercussão nacional de suma importância, dentre suas formas de atuação está o julgamento do recurso extraordinário, de acordo com o inciso III do artigo 102 da Constituição, de causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição, declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, e julgar válida lei local contestada em face de lei federal (esta última acrescida pela emenda 45).

Com a interposição do Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal proferirá decisão definitiva a respeito da questão de constitucionalidade suscitada pela via difusa, novamente citamos Pedro Lenza:

“desde que tal decisão seja definitiva e deliberada pela maioria absoluta do pleno do tribunal (art. 97, CF/88), o artigo 178 do Regimento interno do STF, estabelece que será feita a comunicação à autoridade ou órgão interessado bem como, ao Senado Federal, para efeitos do artigo 52, X, da CF/88.”(LENZA, P. 192)

O Senado Federal, por meio de resolução, pode suspender, no todo ou em parte a execução da lei ou ato dado por inconstitucional.

Esta atuação do Senado não substitui a decisão do Supremo, desta feita deve ficar adstrita a seus limites. A suspensão da execução da lei pelo Senado, tem efeitos ERGA OMNES e “EX NUNC”, isto é, não retroage.

Estas considerações são importantes, ao passo que se esta suspensão retroagir, em decorrência dos efeitos erga omnes atingirá outras pessoas estranhas ao processo onde a questão de constitucionalidade foi levantada.

A par destas discussões, o artigo 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, impõe ser desnecessária a suspensão da execução da lei pelo Senado, cabendo ao Supremo apenas a comunicação ao órgão legislativo a respeito da decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Aos requisitos do Recurso Extraordinário adicionou-se ainda como prevê o atual parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

A averiguação da repercussão geral é atividade política de avaliação, onde o Supremo Tribunal Federal fará uma valoração qualitativa da matéria argüida, melhor dizendo, da importância e relevância desta. É fundamental para o posterior julgamento de admissibilidade do recurso extraordinário, sendo assim, um recurso extraordinário pode conter a repercussão geral, porém ser inadmitido por falta de requisitos para tanto.

“Com a referência seca à “repercussão geral” não se poderá, aqui, indicar, topicamente, os casos em que a mesma estará necessariamente presente. Até porque a norma constitucional remete à lei (ordinária). Apenas se podem projetar alguns critérios e diretrizes que balizarão as decisões do Supremo Tribunal Federal nesse ponto, como a já referida idéia de “interesse público”. Deverá essa expressão compreender a temática que afete um grande número de pessoas; que trate de assuntos significativos; que possua um significado geral socialmente relevante. Que transcenda os interesses egoísticos e pessoais das partes processuais envolvidas; que tenha “repercussão” considerável sobre o conjunto do ordenamento jurídico e político” (TAVARES, 2005, p.216)¹¹

11 Trecho extraído do texto de André Ramos Tavares: A repercussão geral no Recurso Extraordinário, da obra, Reforma do Judiciário: analisada e comentada, coordenada por André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón, São Paulo:

Mesmo a Constituição não tendo conceituado expressamente o que é repercussão geral, a definição trazida pelo Professor André Ramos Tavares parece-nos a mais próxima da realidade, pois estamos diante de situação, que a matéria a ser discutida é afeta de significados sociais, que interfira num meio coletivo, e que seja de interesse geral desse meio, desta feita, a pertinência da exigência de que o recorrente faça prova desta para que o recurso extraordinário seja apreciado pelo STF.

“ O instituto da repercussão geral potencializará no cenário judiciário, a importância do papel do STF, e, paralelamente, o “dispensará” de pronunciar-se sobre assuntos rotineiros, cujo pronunciamento não se justifica, por inumeráveis argumentos. E, entre outras razões, também não se justifica pelo imenso trabalho carreado aos julgadores, como, ainda, certamente prejudica o julgamento de casos importantes. Ninguém honesto e de bom senso pode afirmar que possa haver expectativa social de que um Ministro - por dotado que seja e reunindo todos os qualitativos para integrar um tribunal culminante – profira milhares de votos no espaço de um ano. Pode-se dizer que é uma situação inusitada e, em realidade anômala.” (ALVIM, 2005, p. 83)¹²

4 - SÚMULA VINCULANTE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O instituto da súmula vinculante entrou no contexto da reforma do judiciário como uma das ferramentas para a otimização processual na busca

Método, 2005.

12 Texto de Arruda Alvim: “A EC N. 45 e o Instituto da Repercussão Geral” , inserido na obra, Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004, sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e Willian Ferreira Santos.

da efetividade da prestação jurisdicional.

A utilização da jurisprudência como fonte de direito é benéfica, porém indireta, isto é, utilizada de maneira secundária, pois ainda entendemos como fonte primária na aplicação do direito, apenas as leis, e estas são aquelas que passam por todo processo legislativo para que tenham força normativa.

Porém esta utilização deve vir ao passo que delas se retirem condutas norteadoras das decisões, e não que estas venham a ser as próprias decisões em si.

A utilização das súmulas “lato sensu” do Supremo Tribunal Federal, transformou-se com o passar do tempo em um meio de consulta pra magistrados e tribunais, vez que este tribunal supremo é responsável por guardar o respeito aos dispositivos da Constituição, porém suas interpretações sobre a Carta Magna, serviam meramente como guia, cabendo à avaliação de cada caso concreto, das provas e da lei inerentes à este para se estruturar as decisões judiciais.

Notadamente, que as súmulas vinculantes não nasceram sem critérios e requisitos a serem alcançados anteriores a sua utilização na prática, por dicção do artigo 103 – A da Constituição, quanto a estes e a intenção de tornar estas, meios de tornar o processo mais célere não devem haver críticas, porém a preocupação se instaura ao passo, de que os parâmetros trazidos pelo artigo acima transcrito não sejam adequadamente utilizados, ai sim inúmeros problemas se verificarão.

Um ponto fundamental de aceitação das súmulas vinculantes é o da segurança jurídica que estas trazem ao sistema e principalmente ao

jurisdicionado, considerando o disposto constitucional do artigo 103-A no que tange a “reiteração pacífica de julgados”.

Garantindo assim que este instituto não fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, pela possibilidade ofertada pelo mesmo dispositivo de revisão ou cancelamento das súmulas, avaliando assim, que se de alguma forma seu conteúdo for contrário aos interesses sociais pode ser cancelada.

Este sistema de reconhecimento de direitos por casos análogos já pacificados é utilizado pelo direito norte americano e com muito sucesso, porém a realidade jurídica deles é diferente da nossa, primeiro porque o regime jurídico deles é o do *common law*, enquanto o nosso o do *civil law*, e também por que a composição de seus tribunais é diferente da nossa, existindo a figura do Tribunal Constitucional, ou Corte Suprema, tema que trataremos logo mais.

Entretanto há restrições críticas quanto a utilização das súmulas vinculantes, como delegar ao um órgão eminentemente político, como é o Supremo Tribunal Federal, a criação de um mecanismo que pela sua força vinculativa tanto aos órgãos do judiciário como da administração pública, têm perfis de norma legal.

Veja que o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros nomeados pelo Presidente da República (chefe do Poder Executivo) após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (Poder Legislativo), dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos de idade e menos de sessenta e cinco, com notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 101 da Constituição). Competindo a este órgão a guarda da Constituição, pelo

que dispõe o artigo 102 da Constituição.

Estamos diante da seguinte situação: a estes 11 Ministros é confiado o poder de interpretação das normas constitucionais para aplicação aos casos concretos, e agora estas interpretações terão força vinculativa a todos os órgãos do poder público, isto é, se revestem de uma obrigatoriedade.

Por esta razão, alguns entendem que a súmula vinculante é um meio centralizador de externar os poderes governamentais, pois estas interpretações constitucionais acabam ficando acima até do que a própria Constituição, pois os membros do Supremo Tribunal Federal podem ter concepções diversas das intenções guardadas nas normas constitucionais.

A súmula vinculante por este aspecto não vêm como meio de alcance da efetividade processual, é encarado por muitos como um meio político para ditar regras, movidas por fins e interesses econômicos e políticos governamentais.

Contrário se faz o presidente da OAB-SP, Luiz Flávio Borges D'Urso:

“A súmula vinculante retira do juiz a sua capacidade de entendimento e sua livre convicção, ou seja, a sua independência para julgar. Torna-se o juiz um mero cumpridor de normas baixadas pelo grau superior, comprometendo-se, dessa forma, ao inibir a livre apreciação dos fatos e do direito, a criação e o desenvolvimento da jurisprudência. Tornando-se mero burocrata, exercendo papel e subalterno que reproduz decisões de instâncias superiores, o juiz, contra sua vontade, acaba prestando um desserviço a causa dos direitos

fundamentais e da cidadania.”¹³

A súmula vinculante, ao contrário do que seus adeptos afirmam, não traz ao jurisdicionado uma segurança jurídica, e sim uma insegurança, pois a solução de seu litígio pode ser feita á luz de interpretação já sacramentada, tirando a carga valorativa dos fatos e das provas, há sim um engessamento do juiz da causa, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

“Institutos da era analógica não são úteis para a justiça da era digital. É um atraso e grave retrocesso. Faz parte de uma ética tendencialmente autoritária, de uma sociedade militarizada, hierarquizada. A justiça de cada caso concreto não se obtém com métodos de cima para baixo. O contrário é que é o verdadeiro. O saber sistemático (generalizador) está dando lugar para o saber problemático (cada caso é um caso).”¹⁴
(GOMES, 2006)

Para termos uma conduta vinculada a certa interpretação, nossa sociedade deve participar como membro interpretativo, temos que exercer o debate constitucional, hoje a maioria dos brasileiros nem ao menos conhece os direitos fundamentais que possuem na Constituição, só assim estabelecida a soberania popular podemos nos considerar um Estado Democrático de Direito, e quem sabe um dia uma Nação.

Charles Hughes afirmou: “We are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is”¹⁵

13 Jornal “FOLHA DE SÃO PAULO”, 17/07/2004

14 Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, Súmula Vinculante, Luiz Flávio Gomes. Acesso em: 03. out. 2007

15 “Nós estamos sob a Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que é.”

“Daí decorre um perigo muito grande para a estruturação democrática, pois, na medida em que a Constituição se apresenta apenas como o que os Ministros do STF dizem que ela é, há o risco indesejável de que o discurso constitucional seja imposto de maneira arbitrária, carecendo de consentimento legítimo. Extremando a hipótese, seria imaginável uma ditadura de interpretação constitucional, culminando por excluir totalmente a sociedade aberta de intérpretes do processo de dicção constitucional e por fechar a compreensão do fenômeno Constituição para o resto do mundo, esquecendo que a Constituição normativa só será legitimada se e somente se estiver acompanhada da Constituição real.”¹⁶ (CAYMNI, 2006, p. 231).

“A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa magna e eminente de velar para que essa realidade não seja desfigurada.” (STF, RTJ 146/707, ADIn 293-DF- Medida Liminar, Rel. Min. Celso de Mello).

4.1 Tribunal Constitucional e Jurisdição Constitucional

Analisando a figura das súmulas vinculantes e a preocupação de delegar tamanho poder ao Supremo Tribunal Federal, deve ser feita uma análise de como um órgão que existe para garantir o respeito aos ditames

¹⁶ Texto de Pedro Leonardo Summers Caymni, retirado da obra coletiva: “Reforma do Judiciário”, coordenado por Fredie Didier.

constitucionais, pode se tornar frágil às influências políticas, e aqui se estabelece crítica a forma de composição deste tribunal, pois feita exclusivamente por nomeação de seus membros pelo chefe do executivo federal, o Presidente da República.

Iremos apenas tecer breves considerações a respeito da figura do tribunal constitucional, que toma diferentes identidades e objetos nos países europeus, nos Estados Unidos, e como consideramos importante a presença de um tribunal desta natureza, porém com participação direta da sociedade, e como avaliamos errôneo a estrutura do nosso Supremo Tribunal Federal, que faz as vezes de tribunal constitucional em nosso País.

A ligação primordial entre o Tribunal Constitucional e a Constituição, é que aquele serve como intérprete e garantidor desta, este tipo de controle deve existir para que se façam respeitar o que se estabelece constitucionalmente, porém no Brasil (STF) e em outros sistemas estrangeiros, os aspectos políticos das decisões destes tribunais, acabam por se sobrepor à sua função sócio-democrática principal.

Com a evolução da sociedade torna-se necessário que a justiça constitucional, materializada pela atuação de um Tribunal Constitucional, esteja cada vez mais próxima de uma representatividade democrática, contribuindo assim diretamente para a defesa de suas causas, das minorias, dos bens indivisíveis, bem como do controle da atuação dos entes públicos, responsáveis pela gestão dos interesses do povo.

Advém desta representatividade popular a necessidade de para tornar legítima a atuação do Tribunal Constitucional que seus membros possuam pelo menos, influência desta representatividade; acreditamos ainda

ser utópico este tipo de reflexão, porém nada mais adequado que a condução da aplicação das normas constitucionais que têm como destinatário principal o povo, seja dada a órgão, que mesmo possuindo especificações técnicas, seja direto representante do povo.

“Como se trata de permitir o acesso direto do povo às normas constitucionais, numa espécie de referendun plebiscitário da proposta de cada candidato, evidentemente que se teria uma fórmula ideal de combinação do modelo representativo com o modelo de democracia direta. Aquela não é superada, mas penetrada em sua essência por esta última.” (TAVARES, 2005, p. 565).

A existência na relação entre a composição do Tribunal ¹⁷ e a forma de representatividade democrática feita pela eleição dos membros do poder legislativo e executivo, deve ser encarada como algo positivo, talvez a participação popular, guardados as excelências técnicas que devem possuir os julgadores de um tribunal desta natureza, seja efetivada por conferências públicas, onde o povo decide o que é melhor para ele mesmo, e mais, dando voz ativa para o povo para que reclame soluções e ações do poder público, e também cobre a fiscalização do tribunal sobre os outros poderes em algumas ocasiões.

17 Cf. La Justicia Constitucional em Europa, Dominique Rousseau, p.38: “En resumen, los tribunales constitucionales comprenden dos categorías de miembros: la más importante es la los juristas, la otra de las personalidades políticas eminentes. Cuando esta última es demasiado débil, como lo es actualmente em Alemania, los jueces testimonian, según Michel Fromont, un desconocimiento de la realidad política, incluso una cierta inocencia. Por lo demás, estas dos categorías no son comportamientos estancos, no constituyen bloques que ignoran mutuamente. Em primer lugar porque el hecho de pertenecer a una misma organización tiende a homogeneizar los comportamientos; em segundo lugar porque a los juristas no se les prohíbe tener opiniones políticas ni a los políticos fundamentar sus razonamientos em una sólida argumentación jurídica.”

“Por fim não se deve desprezar a observação de que os juízes, especialmente dos tribunais superiores, “por educação, temperamento e idade”, são geralmente contrários à mudanças profundas e portanto por demais conservadores.” (CAPPELLETTI,1993 apud TAVARES, 2005, p. 557).

Hoje em dia nosso “tribunal constitucional”, o STF, fica sujeito à interpretações um tanto quanto não democráticas, da mesma forma como ocorre, não muito raro, com o poder legislativo e o poder executivo. Votos são oferecidos cegamente, conforme as orientações das lideranças partidárias, com nítido timbre de ilegitimidade. (TAVARES, 2005, p. 558).

“Os titulares dos cargos políticos respondem pelas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções. Respondem perante o povo, a quem pertence a soberania, e também por acções e omissões inconstitucionais – independentemente do desenvolvimento ou não dos meios, jurisdicionais, de controle e da eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.” (MIRANDA, 2003, p. 318).

Notadamente o poder maior e supremo, por decorrência até do que está expresso em nossa Constituição, é o povo, ou ao menos decorrente da vontade deste, ao nosso ver, falta sim representatividade popular ao Supremo Tribunal Federal, que deve ser considerado nos moldes atuais como um órgão político, e não podemos esquecer que as entidades políticas de nosso País a tempos estão corrompidas.

Para não deixar a soberania popular, e os interesses do povo à míngua devem haver esforços na busca de mecanismos jurídicos na defesa

dos ditames constitucionais, dentre os quais, a jurisdição constitucional se revela fundamental.

Foi dessa necessidade, que Hans Kelsen pensou o modelo de corte constitucional, com a Constituição Austríaca de 1920, tornou-se imprescindível para a defesa dos direitos fundamentais, a criação de um tribunal especializado no trato das questões constitucionais, e responsável pelo controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato normativo, ou até ação proveniente do poder público.

A idéia de jurisdição ou justiça constitucional gira em torno da superioridade hierárquica das normas constitucionais, e no fato de que a defesa da Constituição é meio primordial, no exercício dos direitos fundamentais.

A concepção de um órgão específico para garantir a aplicabilidade da Constituição configura-se em admitir a necessidade de um “novo” elemento constitutivo de poder, isto é, não pode ser considerado a última instância do judiciário, nem possuir caráter político como o executivo, nem tão pouco revestir-se de competência normativa como o legislativo. Deve-se imaginar a junção de vários aspectos de todos os poderes, balizados no poder maior, senão a soberania popular decorrente do constitucionalismo.¹⁸

18 Cf. Crítica ao modelo do STF por Francisco Campos apud Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 1998, p.32: “Ora, a Constituição tem por conteúdo os grandes poderes do governo destinados a ser exercidos para grandes fins públicos. Atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional é, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular nos termos que lhe parecem mais convenientes ou adequados à própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que se não origina do povo, e que não se encontra sujeito a sua opinião, o mais eminente dos poderes, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo (...) A supremacia do judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao

Vivemos no Estado Democrático de Direito, porém com os avanços da globalização dos direitos já fala-se em Estado Ambiental, sob a égide dos direitos coletivos, o Estado existe para a coletividade, o fundamento de vida digna e saudável para todos deve vir primordialmente à frente de qualquer direito individual, e torna-se também obrigação de todos a defesa destes direitos.

Torna-se cada vez mais difícil a aceitação de que à 11 pessoas, sem qualquer representatividade popular, estar delegada a atribuição de vinculação interpretativa sobre a aplicabilidade de normas constitucionais que influem nas garantias fundamentais de toda a coletividade.

A visão que deve ser feita é a seguinte, todos os poderes do Estado estão diretamente subordinados a um mandamento supremo, que é a Constituição, pois devem existir e agir conforme seus limites, sendo assim a Corte Constitucional, ou Tribunal Constitucional deve funcionar como poder autônomo e hierarquicamente superior, porém decorrente e existencialmente ligado à soberania popular, estabelecida pelo parágrafo único do artigo 1º da Constituição: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

“Nem esse poder na Suprema Corte lhe confere qualquer onipotência prática ou real. A corte está simplesmente exercendo um poder garantido pela Constituição – poder judicial. O efeito, pelo menos em teoria, não é elevar a corte além da legislatura, mas antes fazer O PODER DO POVO

método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrário, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redundando no de formular a Constituição, é a mais alta, ou a mais eminente das funções políticas.”

SUPERIOR A AMBAS.” (BEAWEY, 1968 apud TAVARES, 2005, p. 195).

Deve-se afastar de uma vez por todas o caráter político do Supremo Tribunal Federal, e de tantos outros Tribunais Constitucionais, como se averigua no direito comparado, devendo se estabelecer o debate popular a respeito das questões constitucionais, a opinião pública deve sempre valer como norte, o ideal é trazer ao povo uma aproximação da Constituição, e marcar sintonia entre seus anseios e a interpretação deste tribunais.

O ideal Tribunal Constitucional deve ser superior aos demais poderes, porém decorrente de um verdadeiro representante popular, com a função de fiscalizar a atuação dos outros poderes e na proteção ao respeito aos preceitos constitucionalmente estabelecidos. Não pode ser mais um braço para manobras políticas, devendo atar contra a corrupção, os desvios do erário público, os administradores irresponsáveis dos bens públicos, e exigir dos mesmos a implantação de todas as políticas públicas necessárias para o alcance de uma vida digna e saudável a todos.

E é por esta razão de estruturação falha do Supremo Tribunal Federal, que nos preocupamos com as conseqüências políticas advindas da implantação das súmulas vinculantes, e sua possível utilização de forma errônea, principalmente no tocante a matérias que disciplinarem à vida, às liberdades individuais e à propriedade.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Jurisdição Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano: e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. **Súmula Vinculante**. n.10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 03. out.2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre:

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.47, n.59, p.153-185, jan./jun. 2013.
SCARAMUCCI, Roberta de Angelis. O controle de Constitucionalidade e a Atuação do Supremo Tribunal Federal na busca da Efetividade Processual: um Direito Fundamental Constitucionalmente Garantido.

Editora Fabris, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Súmula Vinculante**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 03. out. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13^a Ed. São Paulo; Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.47, n.59, p.153-185, jan./jun. 2013.
SCARAMUCCI, Roberta de Angelis. O controle de Constitucionalidade e a Atuação do Supremo Tribunal Federal na busca da Efetividade Processual: um Direito Fundamental Constitucionalmente Garantido.

São Paulo: RT, 2004.

RODRIGUEIRO, Daniela Aparecida. **Dano Moral Ambiental**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ROUSSEAU, Dominique. **La Justicia constitucional em Europa: estudio preliminar de Teresa Freixes Sanjuán**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Willian Santos. **Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

Data do recebimento: 07/04/2013

Data da aceitação: 14/07/2013

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.47, n.59, p.153-185, jan./jun. 2013.
SCARAMUCCI, Roberta de Angelis. O controle de Constitucionalidade e a Atuação do Supremo Tribunal Federal na busca da Efetividade Processual: um Direito Fundamental Constitucionalmente Garantido.