

O PROCESSO DE HIBRIDIZAÇÃO DOS MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL.

THE HYBRIDIZATION PROCESS OF CONSTITUTIONAL COURT OF MODELS IN BRAZIL.

Clarindo Epaminondas de Sá Neto¹

RESUMO:

A justiça constitucional é o modelo de proteção do Estado Constitucional. Durante anos, sobretudo na Europa, a discussão sobre a adoção dos modelos de jurisdição constitucional permeou os entraves jurídicos e filosóficos entre Hans Kelsen, defensor do modelo concentrado e Carl Schmitt, defensor do modelo difuso, também chamado de Marshall. Mas além da discussão acerca da adoção de um dos respectivos modelos, observa-se na América Latina e no Brasil, berços do novo constitucionalismo do século XXI, uma aproximação de ambos os modelos, retirando aspectos intrínsecos de suas estruturas para aplica-los em processos cujo rito e procedimentos correspondem ao outro modelo paradigma. Com efeito, o que durante o século XX tentava-se separar, nos dias atuais, em prol da segurança jurídica e da afirmação de outros princípios de ordem constitucional, observa-se que as cortes supremas vêm promovendo a hibridação desses institutos, sendo este nosso objeto de estudo e discussão.

Palavras-chave: Controle difuso; controle concentrado; hibridação; constitucionalismo.

ABSTRACT:

The constitutional justice is the protection model of the Constitutional State. For years, especially in Europe, the discussion on the adoption of models of constitutional jurisdiction permeated philosophical and legal barriers between Hans Kelsen, defender of the model concentrated and Carl Schmitt, defender of the diffuse model, also called Marshall. But beyond the discussion of the adoption of one of its models, it is observed in Latin America and Brazil, cradles the new constitutionalism of the century, an approximation of both models, removing intrinsic aspects of their structures to apply them in processes rite which correspond to other procedures and model paradigm. Indeed, during the twentieth century that tried to separate, nowadays, for the sake of legal certainty and affirmation of other constitutional principles, it is observed that the supreme courts have promoted hybridization of these institutes, which is our object of study and discussion.

Key Words: Fuzzy control; concentrated control; hybridization; constitutionalism.

¹ Bacharel em Direito; Mestre em Relações Internacionais; Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Professor Efetivo do Centro de Ciências Sociais da Universidade Federal do Semi-Árido/RN.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da justiça constitucional é certamente o acontecimento mais marcante do Direito Constitucional europeu da segunda metade do século XX. Atualmente não podemos mais conceber um sistema constitucional que não dê lugar a essa instituição e, na Europa, assim como em tantas outras democracias, todas as novas Constituições preveem a existência de uma Corte Constitucional.

Entretanto, mesmo que a maior parte das Cortes Constitucionais situem-se efetivamente na Europa, mais precisamente na Europa Continental, a mais nova forma de justiça constitucional surgiu na América Latina e na Ásia, após instalar-se também na África. Portanto, se existe um modelo europeu de justiça constitucional, como há um modelo estadunidense, é evidente que esses dois modelos podem ser aplicados em outros sistemas além daqueles que lhe deram origem.

A noção de Corte Constitucional que será estudada mais adiante. Todavia, convém explicar desde já que uma Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos (FAVOREAU, 2004, p. 15). Uma Corte Suprema ou um Tribunal Supremo, ou mesmo uma Câmara Constitucional de uma Corte Suprema, podem ser jurisdições constitucionais.

A história das Cortes Constitucionais não é longa, pois realmente teve início em 1920, com a criação da Corte Constitucional da extinta Tchecoslováquia (Constituição de 29 de fevereiro de 1920) e a da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1º de outubro de 1920). A Espanha republicana seguiu nesse movimento, criando em sua Constituição de 1931 um Tribunal de Garantias Constitucionais que durou até a ascensão do Franco (FAVOREAU, 2004, p. 17).

A segunda onda situa-se após a Segunda Guerra Mundial, quando, após o restabelecimento da Corte Austríaca em 1945, foram instituídas a Corte Constitucional italiana, em 1948 e o Tribunal Federal alemão, em 1949, aos quais podemos acrescentar a criação, alguns anos mais tarde, das Cortes Constitucionais da Turquia (1961) e Iugoslávia (1963).

A terceira onda de criação das Cortes Constitucionais manifestou-se nos anos de 1970, com a criação dos Tribunais Constitucionais de Portugal (Constituição de 1976, revista em 1982) e Espanha (Constituição de 1978). Nessa toada, o movimento se espalhou pela Bélgica (1983) com a criação da Corte de Arbitragem; Polônia (1985), Hungria (1989), Romênia e Bulgária (1991), Albânia e República Tcheca (1992), Lituânia (1993), Eslovênia (1994), Rússia (1995) e Armênia (1996).

Com efeito, objetiva-se nesse artigo, analisar um fenômeno que nos últimos anos vem sendo verificado nas cortes Constitucionais que inauguraram o retromencionado modelo de justiça, aquele que por razões técnicas absorve os dois tipos de controle de constitucionalidade, retirados dos modelos base de justiça constitucional – o modelo estadunidense e o modelo europeu. Sobre esse fenômeno, denominado hibridização dos sistemas de justiça constitucional - cujas raízes ainda se mostram incipientes no Brasil, intenta-se verificar o efeitos gerados a partir da aproximação dos controles pela via de exceção e pela via abstrata, em especial no que toca aos efeitos processuais decorrentes da aplicação de institutos particulares a cada uma dessas formas de controle.

Para tanto, não nos debruçaremos em estabelecer as diferenças conceituais e os aspectos históricos relativos a cada sistema, eis que essa discussão já é/foi muito tratada em tantas outras produções acadêmicas. Em verdade, propõe-se encerrar com a separação conceitual que nos foi ensinada sobre os sistemas de justiça constitucional, demonstrando que é possível a coexistência de ambos os sistemas e também que é possível emprestar-se alguns institutos particulares a cada um dos modelos, sem que isso signifique uma perda em suas características básicas, bem como pretende-se demonstrar que a classificação atual do modelo de justiça constitucional brasileiro como sendo eclético ou misto, está equivocado, carecendo de propriedade técnica, como ficará demonstrado ao final do presente estudo.

2 O MODELO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: SER DIFUSO OU CONCENTRADO? EIS A QUESTÃO.

O modelo europeu, que possui atualmente mais de trinta exemplos, não teria existido sem Kelsen. Com seus trabalhos e seu projeto da Constituição da Áustria de 1920,

o mestre de Viena preparou um modelo de justiça constitucional, oposto ao modelo estadunidense.

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial.

O modelo europeu em muito se afasta dessa descrição. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada.

Os europeus aceitaram o desafio magistralmente expresso por Tocquenville em 1835:

Os estadunidenses [...] confiaram a seus tribunais um imenso poder político; mas, obrigando-os a não atacarem as leis senão por meios judiciais, diminuíram bastante os perigos desse poder. Se o juiz pudesse atacar as leis de maneira teórica e geral, se pudesse tomar a iniciativa de censurar o legislador, entraria estrepitosamente na cena política, tornando-se campeão ou adversário de um partido, teria chamado todas as paixões que dividem o país a tomar parte da luta. Mas, quando o juiz ataca uma lei em um debate anônimo e em uma aplicação particular, esconde em parte a importância do ataque aos olhos do público. Sua sentença não tem outro objetivo senão o de proteger um interesse individual; a lei só é atacada por acaso. (TOCQUENVILLE, 2001, p. 22)

Diante disso podemos fazer a seguinte pergunta: como os europeus puderam adotar o sistema que envolvia um confronto direto e aberto com o legislador, quando o respeito a este lhes havia impedido, no século XIX e começo do século XX, de adotar o sistema estadunidense, aparentemente menos atentatório aos direitos do parlamento? A resposta pode se dar segundo várias explicações.

A maioria dos países europeus, atualmente dotados de um Tribunal Constitucional, ficaram em certo momento, tentados a adotar o sistema estadunidense e

finalmente o rejeitaram – se não aberta ao menos implicitamente. Alguns países europeus, no entanto, adotaram sistemas de justiça constitucional próximos do modelo estadunidense (Grécia, Dinamarca, Suécia, Noruega).

Tal rejeição, que se deu em razão das tentativas de implantação do referido sistema, por exemplo, na França, derivou-se da discussão lançada em 1902 pelo jurista Edouard Lambert, cuja obra veio paradoxalmente alimentar o debate e reforçar a corrente favorável à adoção do sistema estadunidense, apesar de ter denunciado com vigor o risco do governo dos juízes. (LAMBERT *apud* FAVOREU, 2004, p. 19). Paradoxo para o qual o Maurice Hauriou² deu uma explicação que, concomitantemente, mostra as razões do fracasso do sistema implante:

Neste vigoroso estudo, que não está isento de paixão, o autor (E. Lambert), que se nega a concluir, mostra que teme a introdução dessa prática na França; mas, em seu próprio trabalho e na rica exposição apresentada, encontramos os argumentos necessários para refutar seus temores e ver claramente que, se nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade degenerou em um Governo dos Juízes, foi devido à ausência de regime administrativo e porque essa ausência impede o juiz de fechar-se no contencioso: o acidente que não devem temer os países que possuem regime administrativo. (HAURIOU *apud* FAVOREU, 2004, p. 19)

Na Alemanha, ao seu turno, sob o regime da Constituição de Weimar, os juízes ordinários, autorizados pelo artigo 102 da Constituição, aceitaram verificar a constitucionalidade formal das leis a partir de uma decisão do Tribunal do Reich, de 4 de novembro de 1925; entretanto não ousaram formular regras sobre a inconstitucionalidade da lei e principalmente sobre a proteção dos direitos fundamentais. Desse modo, não se opuseram a numerosas violações da ordem constitucional que foram cometidas bem cedo pelo parlamento. Essa experiência, sinaliza Louis Favoreu, impeliu os reformadores, após a guerra, a voltar às teorias de Kelsen que tinham sido afastado em proveito das de Carl Schmitt

Em tantos outros Estados, como na Itália, na Assembleia Nacional Constituinte, a tese dos partidários do modelo Kelsiano prevaleceu.

2 Professor honorário da Universidade de Toulouse.

A explicação para o fracasso do sistema estadunidense na Europa, segundo Favoreu, pode ser sistematizado em quatro situações. (FAVOREU, 2004, p. 26)

A sacralização da lei seria a primeira explicação. Nos conta o referido constitucionalista que a partir da revolução de 1789, ao longo do século XIX e início do século XX, o dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs e raramente foi posto em dúvida. O reino do direito era o reino da lei, de forma que

O conceito de legitimidade...coincide com o de legalidade, isto é, com a conformidade das atividades públicas e privadas com as leis votadas pelo Parlamento. O direito (jus, law, diritto, derecho, Recht) é cada vez mais identificado com as leis do parlamento (Lex, statute, legge, ley, Gesetz). Mas, como diz Kelsen, se admitirmos que a lei é todo o Direito, a regularidade equivalente à legalidade, não há evidência de que possamos estender mais a noção de regularidade. (CAPPELLETTI *apud* FAVOREU, 2004, p. 20)

Colhe-se, pois, que nos Estados Unidos a Constituição é sagrada; na Europa, por sua vez, a lei que é sagrada.

Favoreu traz a segunda explicação. Intitula-a de “A incapacidade do juiz ordinário exercer a justiça constitucional” (FAVOREU, 2004, p. 20). Mais uma vez, citando Cappelletti, nos mostra que:

Os juízes da Europa continental são em geral magistrados de carreira, pouco aptos a assumir um trabalho de controle das leis, trabalho que, como veremos, é inevitavelmente criativo e que vai muito além de suas funções tradicionais de simples intérpretes e fiéis servidores das leis. A própria interpretação das normas constitucionais e especialmente do núcleo central destas, que é a Declaração dos Direitos Fundamentais ou *Bill of Rights*, é normalmente muito diferente da interpretação das leis ordinárias; ela não se coaduna com a tradicional fraqueza e timidez do juiz de modelo continental. (CAPPELLETTI *apud* FAVOREU, 2004, p. 25)

A ausência de unidade de jurisdição seria a terceira explicação. De fato, a dualidade ou a pluralidade de jurisdição não é uma garantia para o sucesso do sistema difuso, mas, ao contrário, um fator de fracasso, assevera Favoreu (FAVOREU, 2004, p. 25). Em verdade, continua, o sistema do tipo estadunidense só funciona bem onde há unidade de jurisdição, isto é, nos Estados Unidos e nos países com *common law*, porque nestes países não há separação entre os contenciosos e a dimensão constitucional pode estar presente em todos os processos, sem necessitar um tratamento à parte e sem risco de chegar a divergências de opinião sobre a constitucionalidade dos textos fundamentais.

Nesse sentido, conclui que a justiça constitucional, no modelo em comento, não se divide; ora ela é difusa, mas no centro do aparelho jurisdicional único, encabeçado por uma única Corte Suprema; ora ela é concentrada nas mãos de uma jurisdição constitucional única.

A insuficiente rigidez da Constituição também é uma outra causa de rejeição do modelo estadunidense em países europeus. Isto é explicado em citação feita por Favoreu, que ora transcrevemos:

Na América, a decisão da justiça que declara uma lei inconstitucional tem como efeito erguer, contra a vontade do legislativo assim desrespeitada, uma barreira que se torna intransponível para ele, considerando que o legislativo é impotente para modificar sozinho a Constituição. Entre nós, ao contrário, se o Parlamento chocar-se com uma declaração jurisdicional de inconstitucionalidade, poderá, sem grande dificuldade, vencer essa resistência: as maiorias parlamentares que adotaram a lei suspensa por uma sentença judicial devem, para fazer prevalecer sua vontade, confirmar na Assembleia nacional a decisão ou medida que tomaram primeiro por simples via legislativa. Nessas condições, é provável que a autoridade judiciária hesite muito em recusar a aplicação das leis por causa da inconstitucionalidade. (Grifo nosso) (FAVOREU, 2004, p. 26)

O relato acima transcrito traduz a situação jurídica da França durante sua terceira república. No entanto, há outro exemplo que também dimensiona essa quarta explicação para a não adoção do controle difuso na Europa como um todo.

Constata-se pela leitura da Constituição de Weimar, na Alemanha, que as leis votadas pela maioria prevista em seu art. 76, permitiam a derrogação material do próprio texto constitucional em detrimento da proteção dos direitos fundamentais. Em um dos comentários feitos à constituição pelos constitucionalistas da época, “felicitou-se pela pouca rigidez da Constituição” (FAVOREU, 2004, p. 22)

O sucesso do modelo Kelsiano após a segunda Guerra Mundial deve-se a várias causas que são reconhecidas na maioria dos países que o adotaram.

Razões históricas: elas podem ser invocadas, de início, pela Alemanha e Áustria. De fato, nesses dois países, a ideia de um Tribunal do Império com atribuições de uma Corte Constitucional, ao menos no que se refere aos litígios federais, foi expressa desde 1848 e realizada, ao menos na Áustria, em 1867 (BÉGUIN apud FAVOREU, 2004, p. 22). A título de complemento, podemos mencionar nesse mesmo sentido, o precedente do júri

constitucional de Sieyès, na França e o Tribunal das Garantias constitucionais da segunda República Espanhola.

Ainda dentro dessas razões históricas, podemos nos transportar para mais perto. Em primeiro lugar, as terríveis lições das experiências nazista e fascista que são causa imediata da criação de Cortes Constitucionais na Alemanha e na Itália e do restabelecimento da Corte austríaca. Foi também a vontade de fundar uma verdadeira democracia, após os períodos de ditadura, que sem dúvida explica a criação dos Tribunais espanhol e português. Nos diversos casos, se escolhemos o modelo kelsiano em vez do modelo estadunidense é porque, acima das controvérsias doutrinárias do período que precedeu a guerra, não se tinha mais confiança nos juízes ordinários. Além disso, não se tinha medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também.

As razões de índole teórica também são apontadas.

A construção de Kelsen exposta em seu estudo de 1928³ e na tese de seu discípulo Charles Eisenmann, quando a lemos hoje, parece-nos espantosamente moderna. Os dois demonstraram que a instituição de um Tribunal Constitucional, encarregado principalmente de controlar a constitucionalidade das leis, estava feita de acordo com a teoria da separação dos poderes.

Segundo Kelsen, antes de mais nada, devendo a Constituição ser a norma fundamental, isto é, da qual decorrem todas as outras, convém “assegurar-lhe a maior estabilidade possível” (KELSEN, 2003, p. 237-238), tornando sua revisão difícil; estando claro que a noção de constituição deve ser entendida em sentido amplo, pois, as Constituições modernas contém não somente regras sobre os órgãos e o processo legislativo, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou liberdades individuais. A Constituição não é, portanto, unicamente uma regra de procedimento, é também uma regra de fundo⁴.

3 Palestra intitulada “Essência e Desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, proferida em Viena, em 1928, perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público.

4 Idem., p. 245.

Nesse sentido, assevera que a garantia da Constituição repousa principalmente sobre a possibilidade de anulação de atos que lhe são contrários, mas nunca deve ser confiada a anulação de tais atos irregulares ao próprio órgão que os criou, uma vez que:

O órgão legislativo considera-se, na realidade, um criador livre do Direito e não um órgão de aplicação do direito, ligado à Constituição, quando na verdade o é apenas teoricamente, ainda que em medida relativamente restrita. Não é portanto com o parlamento que podemos contar para conseguir sua subordinação à Constituição. É a um órgão diferente dele, independente dele, e conseqüentemente também a uma autoridade estatal, que é preciso encarregar da anulação dos atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou tribunal constitucional⁵.

Seguindo tal teoria, a maior parte dos países que adotaram o modelo Kelseniano situaram a jurisdição constitucional fora dos três poderes dos quais ele é encarregada de fazer respeitar as respectivas atribuições, demonstrando a clara opção por esses países de manterem o controle concentrado de constitucionalidade como sua regra.

Na América Latina, mais especificadamente no Brasil, profundamente influenciado pelos Estados Unidos da América, os nossos constituintes de 1891 optaram por inserir, em nossa primeira Constituição Republicana, o sistema difuso de constitucionalidade. Em verdade a influência estadunidense esteve presente em várias passagens do referido texto: na adoção do próprio nome do país, denominado Estados Unidos do Brasil; a adoção da forma federativa; a constituição de suas províncias em Estados, dentre outras. Mas certamente, o estabelecimento do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos foi o grande diferencial da nova constituição, uma vez que no texto anterior não havia qualquer previsão de realização de controle.

Nossa Constituição de 1934 manteve o controle estadunidense, todavia, estabeleceu em seu texto além da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que já representava um certo rendimento do Brasil à teoria de Hans Kelsen, a denominada cláusula de reserva de plenário⁶, bem como atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução da execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva.

5 Idem., p. 246.

6 Segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade deve ser feita pela maioria absoluta dos membros do tribunal.

Registre que a função do Senado no controle difuso está atualmente sendo discutida perante o Supremo Tribunal Federal, de forma que deve-se aguardar o pronunciamento da nossa Corte Maior sobre o tema.

Conforme asseverou o ministro Gilmar Mendes, ao comentar as novidades trazidas pela Constituição de 1934 em relação ao sistema de controle de constitucionalidade, talvez a mais fecunda e inovadora alteração se refira à declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal, tal qual denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, a a h da Constituição (MENDES, 2009, p. 24).

No entanto, é somente em 1946 que nós experimentamos o efetivo aproveitamento das teorias de Hans Kelsen, tudo indica que em razão do movimento de redemocratização e reconstitucionalização instaurado no país, hipertrofiando o Executivo e restaurando a tradição do sistema do controle de constitucionalidade. Nessa toada, criou-se uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e jugar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, a ser proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República. Estabeleceu-se, também, a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual.

A partir de então, passamos a conviver com a presença de ambas as formas de controle, estabelecendo no país o que os doutrinadores costumam chamar de controle eclético ou misto. Muito mais do que ser difuso ou concentrado, como aconteceu na Europa, o Brasil preocupava-se em desenvolver técnicas de aperfeiçoamento dos respectivos controles, possibilitando a revisão das leis e atos com força de lei, tanto pela via direta como pela via abstrata.

3 O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO: APROXIMANDO O QUE HÁ ANOS TENTAVA-SE AFASTAR.

O legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Lei Maior – tais mecanismos são o objeto de estudo desse artigo. Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, é de bom tom lembrar que se faz necessário a existência, no ordenamento jurídico correspondente, de uma constituição rígida⁷ e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão este que variará de acordo com o sistema de controle adotado.

Os sistemas existentes são caracterizados justamente por suas diferenças, de maneira que é pacífico na doutrina denominar os referidos sistemas de Sistema Kelsen e Sistema Marshall, em homenagem a seus criadores.

A confrontação dos sistemas pode ser assim esquematizada: no sistema austríaco, Kelseniano, a decisão proferida no controle abstrato tem eficácia constitutiva (caráter constitutivo-negativo), sendo que por regra o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da eficácia; no sistema norte-americano, a decisão tem eficácia declaratória de situação preexistente e, por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da validade. A decisão no controle abstrato tem, por regra, efeitos prospectivos, preservando-se os efeitos produzidos até o momento da declaração de inconstitucionalidade; no controle concreto, por regra a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos retroativos, atingindo-se o ato normativo no berço, de maneira que, por ter nascido morta, “nunca chegou a produzir” efeitos, ou seja, não entrou no plano da eficácia.

Esse esquema representa tanto a teoria da nulidade (que prevalece na realidade brasileira) como a da anulabilidade em seus extremos. Ao longo dos tempos, a doutrina e jurisprudência procuraram flexibilizá-las, surgindo aqui o que chamamos de hibridização dos modelos de justiça constitucional, conceito criado pelo jurista italiano Lucio Pegoraro⁸.

7 Diz-se constituição rígida, segundo Pedro Lenza em sua obra *Direito Constitucional Esquematizado*, aquela que, para sua mudança seja previsto o procedimento mais dificultoso e especial do que o previsto para fazer o mesmo com as demais espécies normativas.

8 Lucio Pegoraro é professor da Universidade de Bolonha e da Universidade Nova Leon. O conceito foi transcrito em um de seus artigos intitulado: *A circulação, a recepção e a hibridização dos modelos de justiça constitucional*.

Com efeito, conforme se mencionou em linhas anteriores, o Brasil optou por exercitar ambas as formas de controle de constitucionalidade, adotando, também, suas regras e pressupostos de realização. No entanto, segundo anota o renomado constitucionalista André Ramos Tavares, livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP, a doutrina brasileira andou mal ao classificar o sistema de jurisdição constitucional interno como sendo híbrido, eclético ou misto.

Em sua obra Teoria da Justiça Constitucional, Tavares relata a impropriedade ou mesmo a prematuridade da doutrina brasileira em classificar o controle como eclético, híbrido ou misto. E justifica. Para ele, a terminologia em referência dá a entender que poderia haver uma mistura entre as espécies de controle, mistura essa que faria com os sistemas perdessem suas características básicas.

Dessa forma, propõe chamemos o sistema de jurisdição constitucional no Brasil de sistema dual ou paralelo. Adotando-se tal classificação, ficaria claro que o sistema de jurisdição brasileiro optou por exercer os controles difuso e concentrado, conservando suas particularidades, bem como que ao invés de os referidos modelos estarem aglutinando-se, em verdade, estariam, dentro do paralelismo constitucional, se aproximando cada vez mais e acabando com as diferenças históricas entre eles. A hibridação, em verdade, assinala Tavares, é o processo de aproximação atual dos modelos do controle de constitucionalidade (TAVARES, 2006, p. 117).

Esclarecida a utilização da terminologia, passemos ao cerne da questão proposta.

A dualidade do sistema de jurisdição constitucional e o processo de hibridização dos controles podem ser verificados de duas formas: a primeira, quando se analisa a aproximação do controle concreto do controle abstrato, aqui denominado de concretização do controle abstrato; a segunda, quando se analisa a aproximação do controle abstrato do controle concreto, doravante chamado de abstratização do controle concreto.

A discussão no século XX, na Europa, repousava na dúvida sob qual sistema de controle de constitucionalidade adotar. Hoje, ultrapassada essa dúvida, e devido à insubsistência do rigor tanto da regra da não retroatividade do sistema austríaco, como da

técnica da nulidade absoluta do modelo Marshall, tem lugar na jurisdição constitucional a flexibilização dessas teorias, fenômeno que vêm se verificando em países como os próprios Estados Unidos, na Espanha, em Portugal e na Alemanha, por exemplo.

Quando se fala em concretização do controle abstrato, tem-se a aplicação de institutos próprios do controle concentrado ao controle difuso, numa nítida forma de flexibilizar a fria técnica da nulidade *ab origine* de origem norte-americana. Sérgio Resende de Barros afirma que ao que tudo indica se estava desatando o nó górdio do sistema de controle, flexibilizando o sistema de nulidade absoluta e se permitindo a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (TAVARES *apud* BARROS, 2000, p. 196)

É, pois, a modulação da eficácia temporal, típica das ações diretas do controle concentrado, o instituto que vem sendo aplicado no julgamento das ações ordinárias que levantam a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como causa de pedir, estendendo-o ao controle concreto.

Nesse sentido, com bastante propriedade, estabelece o art. 27 da Lei n. 9868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A técnica da modulação dos efeitos da decisão permite, em sede de controle difuso, como o faz no controle abstrato, uma melhor adequação da declaração de inconstitucionalidade, assegurando, por consequência, outros valores também constitucionalizados, como os da segurança jurídica, do interesse social e da boa-fé.

No direito brasileiro, foi o Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, o caso que rendeu discussão acerca do tema. Nele se pleiteou a redução do número de vereadores do Município de Mira Estrela-SP, que estava em desconformidade com o número proporcional de vereadores previsto no art. 29, inciso IV, alínea a, da Constituição Federal (LENZA, 2011, p. 22).

Em sede de ação civil pública, o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu a redução do número de vereadores, passando de onze para nove, alegando que o município de Mira Estrela, com 2.651 habitantes à época, em sua Lei Orgânica Municipal desrespeitava a Constituição Federal, culminando em prejuízo ao erário daquela cidade.

O Recurso Extraordinário em comento resultou da irresignação do Ministério Público em relação ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu o recurso da Câmara de Vereadores e do Município, sob o fundamento da ausência de ofensa a preceito constitucional. Assim, o Supremo Tribunal Federal, entendendo pela desproporcionalidade entre o número de habitantes e o número de vereadores, assim como pela necessidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, em face da excepcional situação que se apresentava, deu parcial provimento ao recurso, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica do município de Mira Estrela.

Resumindo, nesse caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos implicaria em grave ofensa à estabilidade municipal, tendo em vista que legislaturas anteriores também seriam atingidas, culminando na nulidade de todos os atos outrora praticados, colocando em questão a própria segurança jurídica das relações.

Além do julgado acima trazido, outras decisões foram proferidas pelo STF em sede de fiscalização incidental de constitucionalidade, nas quais se aplicou a técnica da modulação de efeitos. Os principais e mais recentes julgados: RE 401.953/RJ (caso da partilha do ICMS); RE 556.664/RS, RE 559.882/RS e RE 560.626/RS (casos da decadência e prescrição das contribuições sociais).

Outro instituto próprio do controle concentrado de constitucionalidade é vinculação das decisões proferidas pelo tribunal competente. Essa vinculação, que é regra no sistema abstrato, acaba por obrigar todos os demais órgãos do Poder Judiciário e toda a Administração Pública, a dar cumprimento à decisão proferida.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a atribuição de efeitos vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso, representando o fenômeno da abstratização do controle difuso, e o faz independentemente da edição de resolução

senatorial prevista no artigo 52, X, a qual segundo Walber Agra, teria a função de somente dar publicidade à decisão (AGRA, 2008, p. 112).

Um exemplo corrente nos manuais que já trataram desse tema é o da Reclamação nº4335/AC, que julgada procedente, tinha como pedido a preservação da autoridade da decisão que foi proferida em sede de *Habeas Corpus*, este sob o número 82.959/SP. No bojo do referido *whrit*, impugnava-se decisões da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, nas quais eram indeferidas o pedido de progressão de regime para apenados pela prática de crimes hediondos. Nessa ocasião o STF determinou que, mesmo as decisões proferidas em controle difuso gozariam de efeitos vinculantes, pois segundo o Ministro relator:

(...) porquanto se afigura anacrônico que as decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental tenham efeitos *erga omnes* e o contrário se dê com aquelas atinentes ao controle concreto⁹.

O referido julgado demonstra a tendência da Corte em fortalecer a eficácia de suas decisões proferidas em sede de controle difuso e sinaliza o fenômeno da concretização do controle abstrato.

Resta evidente, com os exemplos acima trazidos, a forte tendência de nossa Corte Maior, conformando-se, aqui, um dos nossos objetivos, que foi o de demonstrar a tendência de hibridização entre ambos os sistemas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O renomado professor Cezar Saldanha, em sua obra “O Tribunal Constitucional como Poder”, menciona que nos últimos 300 anos a soberania foi exercida por seis grandes blocos, em sucessivas fases históricas e decorrentes de doutrinas políticas, posicionando-se preponderantemente em torno de pelo menos uma das seguintes instituições, ou como por ele chamadas, figuras jurídico-políticas: chefe do Estado, Parlamento, Judiciário, Governo, Administração e Tribunal Constitucional (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 139). Nesse sentido,

⁹ Reclamação Constitucional nº 4335/AC.

citando Manfred Rehbinder, afirma que o Tribunal Constitucional seria um novo poder, que exercitando a jurisdição constitucional não se resumiria apenas ao cumprimento da lei (como fazia, por exemplo, o Poder Judiciário a que se refere Montesquieu), na medida em que hoje exerce a função de guardar e proteger a Constituição, função esta que representa uma nova função em relação às três funções clássicas (executiva, legislativa e judiciária) (REHBINDER *apud* SOUZA JUNIOR, 2002, p. 139).

O Tribunal Constitucional surge, então, de um Estado Social do segundo pós-guerra, emergindo de um consenso político constitucional sobre valores éticos mínimos para defender o Estado e a sociedade dos totalitarismos e também dos autoritarismos, moldando-se o tipo ideal atual de sistema de poder.

No presente artigo buscou-se esclarecer que o conflito existente em meados do século XX, acerca de qual modelo de justiça constitucional adotar quedou esquecido, ainda que à época Hans Kelsen e Carl Schmitt houvessem travado uma acirrada disputa jusfilosófica sobre os prós e os contras dos modelos paradigmas da discussão. Fato é que hoje, o constitucionalismo Latino Americano soube condensar os respectivos modelos, preservando suas características e traços diferenciadores, criando o que Peter Haberle chama de novo modelo de Justiça Constitucional, no qual se reconhece o paralelismo entre os sistemas, assim como se assegura a flexibilização de suas rígidas regras de maneira a dar efetividade à proposta de jurisdição constitucional plena.

Em verdade, o que se discute hoje não é a preservação de um modelo específico de jurisdição constitucional. Não. Ultrapassada essa questão, o que o neoconstitucionalismo busca responder é como aperfeiçoar o atual modelo de jurisdição de forma a fazê-lo servir à resolução dos problemas de ordem constitucional, de forma efetiva. A solução, como tem feito o Brasil, é dar início ao processo de hibridação cujas raízes doutrinárias foram planteadas pelo professor italiano Lucio Pegoraro.

Os exemplos trazidos nesse trabalho demonstram que a aplicação dos institutos de um modelo de jurisdição em casos específicos veiculados em sede de outro modelo não os descaracteriza, ao contrário, somente reforçam o que já se entendia como função da jurisdição constitucional no século passado, que era e é dar efetiva solução aos problemas

constitucionais, mantendo a força normativa do texto constitucional, bem como protegendo-o em casos de iminente ou efetiva violação.

5 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Podivm, 2008.

BARROS, S. R. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 191. Id. O Senado e o controle de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 163-180, jan-jun., 2003; Id. Inconstitucionalidade das Leis 9.868/99 e 9.882/99. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, n. 2, p. 195-199, jan-jun. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Reclamação nº 4.335-5/AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco (Processos NºS 00102017345-9, 00105012072-8, 00105017431-3, 00104000312-5, 00105015656-2, 00105013247-5, 00102007288-1, 00106003977-0, 00105014278-0 E 00105007298-7). Rel. Min. Gilmar Mendes. Informativo nº 463. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Ed. 3; 2007.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Uma análise das leis 9868/99 e 9882/99**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 01 de novembro de 2013.

PEGORADO, Lucio. **A circulação, a recepção e a hibridização dos modelos de justiça constitucional**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf_165/R165-07.pdf> Acesso em 24 de agosto de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOCQUENVILLE, Alexis de. **A democracia na américa: leis e costumes**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2001. p. 22. (Coleção Paideia).