



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual nº 3.909, publicado no D.O.E. nº 7.861, de 1º-12-2008

CAMPUS JACAREZINHO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

**POR UM MELHOR ACESSO À JUSTIÇA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UMA NOVA PROPOSTA**

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA

JACAREZINHO – PR

2019

**POR UM MELHOR ACESSO À JUSTIÇA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UMA NOVA PROPOSTA**

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Responsabilidade do Estado: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para qualificação como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

OLIVEIRA, João Victor Mendes de.

Por um melhor acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal: uma nova proposta
/ João Victor Mendes de Oliveira. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2019.

116.f

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2019.

Referências bibliográficas: f. 93

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA

Por um melhor acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal: uma nova proposta

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Responsabilidade do Estado: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Membro 2: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Membro 3: Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP

Jacarezinho/PR, 20 de fevereiro de 2019.

Aos meus pais Almir Mendes de Oliveira e
Sandra Regina de Oliveira.

AGRADECIMENTOS

Ao longo destes meses, eu não conseguiria chegar até aqui se não houvesse um Pai de misericórdia que tanto me ajudou e iluminou, tanto na estrada quanto na energia para as atividades do curso. Obrigado Pai: eis aqui um servo do Senhor!

Foi mágico o tempo que passei pelas cadeiras desta Faculdade de Direito que tomei para mim como uma segunda casa. Fica aqui o sentimento de gratidão a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho-PR. Em especial, agradeço ao Prof. Dr. Fernando Brito Alves por toda gentileza e atenção com todos os mestrandos e também aos meus amigos da 14ª Turma deste programa.

Também, direciono um grande beijo e um abraço apertado à Maria Natalina da Costa, nossa querida Natalina que- impecavelmente- faz deste programa um lugar ainda melhor. Obrigado, querida: você fez a diferença na minha passagem por aqui,

Não poderia deixar de agradecer o meu orientador, Prof. Dr. Jaime Domingues Brito: obrigado por todos os conselhos, amizade e principalmente por todo auxílio para que eu pudesse chegar até aqui.

Ao Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral, coordenador do curso de Direito do glorioso Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Professor Sérgio, serei eternamente grato por todo o carinho e amizade. Desde os anos da graduação até hoje, como um amigo de trabalho, o senhor tem sido fundamental na minha trajetória acadêmica.

À Toledo Prudente, o meu muito obrigado por ter despertado em mim o amor pelo Direito.

Direciono o meu agradecimento aos meus pais: Almir Mendes de Oliveira e Sandra Regina Antônio de Oliveira. Me orgulho muito por ser filho de vocês! Obrigado por todas as renúncias que fizeram por mim e espero recompensar cada gentileza, amor e confiança. Amo vocês!

Para que não haja injustiça e seja o mérito dado exclusivamente a mim, é necessário um agradecimento especial a três pessoas que contribuíram muito para esta dissertação.

À Daniele de Carvalho Haurani, fica aqui minha eterna gratidão por sua ajuda e gentileza, tanto nos debates jurídicos que ensejaram esta obra, quanto na motivação para seguir, mesmo quando eu estava exausto. Jamais me esquecerei tudo o que fez por mim!

À Larissa Aparecida Costa, o meu muito obrigado: sua amizade foi um dos maiores presentes que a vida acadêmica pode me proporcionar.

Minha gratidão se dirige à minha eterna professora Lígia Araújo: seu exemplo de dedicação à docência, fé no ser-humano, carinho pelos seus alunos motivaram pessoas (como eu) a se tornarem melhores. Obrigado por toda ajuda e conselhos durante a confecção deste trabalho!

Por fim, na clássica frase de Amyr Klink, “nesta vida o pior naufrágio é não partir”. É chegada a hora de partir. A vida é feita de uma sucessão de encontros e desencontros e aqui se encerra mais um destes ciclos. Mas, tenho a plena convicção de que isso não é um adeus, mas um até breve!

Eu tenho saudade do que não vivi. Tenho saudade de lugares onde não fui e de pessoas que não conheci. Tenho saudade de uma época que não vivenciei, lembranças de um tempo que mesmo sem fazer parte do meu passado, marcou presença e deixou legado. Esse tempo, onde a palavra valia mais do que um contrato, onde a decência era reconhecida pelo olhar, onde as pessoas não tinham vergonha da honestidade, onde a justiça cega não se vendia nem esmolava, onde rir não era apenas um direito do rei.

Ruy Barbosa.

OLIVEIRA, João Victor Mendes de. Por um melhor acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal: uma nova proposta. 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Mestrado em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

A presente dissertação busca responder à seguinte questão: o atual Supremo Tribunal Federal, com suas três grandes competências, consegue ser uma Corte de acesso à justiça? Tal problemática se enquadra na linha de pesquisa Estado e Responsabilidade do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. O atual cenário jurídico brasileiro transformou o Supremo Tribunal Federal em um órgão à beira do abismo, assolado por uma enxurrada de processos. Comparado às Cortes Constitucionais de outros países, cada ministro do Pretório Excelso julga dez vezes mais que, por exemplo, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos. O constitucionalismo deu à Corte Constitucional o papel fundamental de defesa da Constituição, preservação do império da lei e garantia do jogo democrático. Pautas relacionadas à judicialização da saúde, da política ou, genericamente, a judicialização da vida são questões levadas rotineiramente ao Supremo, que desempenha a função típica de garantidor da supremacia da Constituição. Além desta, o referido tribunal possui competência recursal e, curiosamente, a de juízo originário, nos casos onde tão se questiona a existência do foro por prerrogativa de função. Estas duas últimas competências não são funções típicas de uma Corte Constitucional. Na tentativa de frear a grande quantidade de demandas, o legislador ao invés de encarar esta temática no cerne do problema - a partir de uma emenda constitucional para retirar competências do Supremo - se omitiu e outros mecanismos como o nascimento da súmula vinculante, repercussão geral ou até mesmo a jurisprudência defensiva vieram à tona, inviabilizando o próprio acesso à justiça.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Supremo Tribunal Federal. Corte unicamente constitucional. Acesso à justiça.

OLIVEIRA, João Victor Mendes de. **Em busca do acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal: por uma nova proposta.** 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Mestrado em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná..

ABSTRACT

This dissertation seeks to answer the following question: can the current Federal Supreme Court, with its three major competences, become a Court of Access to Justice?. This problem is part of the research line State and Responsibility of the Master's Program in Juridical Science of the State University of North of Paraná- UENP. The current Brazilian legal scenario has transformed the Federal Supreme Court into an organ on the edge of the abyss, plagued by a flood of processes. Compared to the Constitutional Courts of other countries, every minister of the Excelent Praetor judges ten times more than, for example, the Supreme Court of the United States. Constitutionalism gave the Constitutional Court the fundamental role of defending the Constitution, preserving the rule of law and guaranteeing democratic play. Guidelines related to judicialization of health, politics or, generally, the judicialization of life are issues routinely taken to the Supreme, which performs the typical function of guarantor of the supremacy of the Constitution. Besides this, the said court has jurisdiction recursal and, curiously, the one of original judgment, in the cases where so the question of the existence of the forum by prerogative of function is questioned. These last two competencies are not typical functions of a Constitutional Court. In an attempt to curb the great number of demands, the legislator, instead of considering this issue at the heart of the problem - from a constitutional amendment to withdraw competences from the Supreme - was omitted and other mechanisms such as the birth of the binding precedent, general repercussions or even defensive jurisprudence have surfaced, rendering their own access to justice unfeasible.

Keywords: Constitutionalism. Federal Court of Justice. Court constitutional only. Access to justice.

Lista de abreviaturas e siglas

ADI — Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC: Ação declaratória de constitucionalidade

ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH — Convenção Americana de Direitos Humanos

CF — Constituição Federal

CIDH — Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH — Corte Interamericana de Direitos Humanos

EC — Emenda Constitucional

RE — Recurso Extraordinário

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 APONTAMENTOS ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	16
2.1 O Constitucionalismo Antigo	23
2.2 Constitucionalismo Clássico	28
2.3 Constitucionalismo Moderno	29
2.3.1 Os legados da Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar de 1919 para o constitucionalismo	30
2.3.2 A queda da Lei Fundamental de Weimar e o positivismo.....	32
2.4 O Neoconstitucionalismo	33
2.5 O Constitucionalismo do Futuro	39
2.6 A Herança do Constitucionalismo para a Hermenêutica Constitucional	41
3 O STF ENQUANTO CORTE UNICAMENTE CONSTITUCIONAL.....	44
3.1 Outros Países e seus Modelos Políticos	48
3.2 A Jurisdição Constitucional e sua Amplitude.....	50
3.3 O Supremo Tribunal Federal e suas Competências	54
3.4 Da Competência Recursal: o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	66
3.5 Da Proposta de Emenda Constitucional n.º 275 de 2.013	70
4 O ACESSO À JUSTIÇA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM GRANDE DESAFIO	75
4.1 As Ondas Renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth	79
4.2 O Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	82
4.3 O Acesso à Justiça no Brasil: o Papel do Supremo Tribunal Federal.....	84
5 OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	87
5.1 Desestímulo ao Litígio e o Consequente Favorecimento de Acordos.....	92
5.2 Busca pela coerência e a busca pelo prestígio do juiz de 1º grau.....	94
5.3 Um exemplo clássico: a problemática da prisão em segunda instância e a não observância dos precedentes.....	96

6 CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102
ANEXO I: Possíveis ações levadas ao Supremo Tribunal Federal.....	110
ANEXO II- PEC 275/2013	112

1 INTRODUÇÃO

A evolução do pensamento jurídico deu importância inimaginável à Constituição, deixando-a de ser um documento meramente político - assemelhado a uma carta de intenções - para se tornar um documento jurídico, com força normativa vinculante, tanto para a legislação infraconstitucional quanto para os atos dos outros Poderes.

O cenário jurídico brasileiro é muito interessante, pois a Constituição Federal de 1988 tem importância significativa para o ordenamento, diferentemente da Constituição de 1967, que tinha força normativa precária, uma vez que qualquer ato do próprio poder público – ou ainda, os famosos atos institucionais - passavam por cima dos preceitos constitucionais.

Assim, a atual carta de direitos é para o ordenamento jurídico aquilo que o sol é para o planeta Terra. Noutras palavras, assim como a Terra gira em torno do sol, as legislações infraconstitucionais giram em torno da Constituição, devendo todas elas encontrarem seu fundamento de validade no documento constitucional, sob pena de declaração de inconstitucionalidade

Após 1988, um fenômeno importante que deve ser mencionado é a “constitucionalização” dos direitos, obrigando o legislador infraconstitucional e os aplicadores do direito a fazerem uma leitura dos institutos jurídicos a partir da ótica constitucional.

Muito embora o anteprojeto do Código Civil de 2002 seja anterior à Constituição Federal de 1988, diversos institutos da codificação privada nasceram para o Direito após a vigência da Constituição de 1988. Como exemplo, tem-se a igualdade sucessória entre os filhos, não havendo distinção entre legítimos ou ilegítimos ou até mesmo a igualdade entre os cônjuges. Na perspectiva instrumental, outro clássico exemplo da materialização deste fenômeno é a constitucionalização do processo civil, culminando no atual código de 2015 que, em seus doze primeiros artigos, revisita princípios constitucionais importantes para a interpretação do processo civil brasileiro.

Por esta razão, a Constituição de 1988 foi escrita muito à frente de seu tempo. Revolucionou o pensamento jurídico com sua força cogente e principalmente com o extenso rol de direitos e garantias fundamentais esculpidos no artigo 5º do próprio documento.

Mas, para chegar ao pensamento contemporâneo, a ciência jurídica passou por diversas fases, principalmente o constitucionalismo e a confecção de documentos que podem ser chamados de antecedentes históricos da Constituição.

No tocante a esta temática, o primeiro capítulo desta dissertação aborda a evolução do constitucionalismo, desde o período grego e romano, bem como os documentos que marcaram este momento histórico até o período vivido atualmente, sendo chamado por alguns de “neoconstitucionalismo”. Também, foi visitada a teoria do constitucionalismo do “por vir” ou ainda chamado de “constitucionalismo do futuro”, de autoria do teórico administrativista uruguaio José Roberto Dromi.

Desde a antiguidade, o constitucionalismo nasceu com a finalidade de frear os arbítrios do rei e dar ao estado o papel de garantia de direitos fundamentais que, na perspectiva internacional, são chamados de direitos humanos.

Por esta razão, é inevitável o diagnóstico de que é necessário um órgão para a defesa dos postulados constitucionais, sobretudo do próprio império da lei.

Neste diapasão, o segundo capítulo é dedicado ao estudo do papel do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição e esta parte foi dedicada à reflexão acerca da necessidade de se retirar do Supremo as competências recursais e de juízo originário, deixando-o unicamente com o papel de Corte Constitucional.

Para se chegar a esta reflexão, uma análise minuciosa de relatórios foi feita e a partir da leitura destes dados quantitativos e diante da quantidade infinita de processos o segundo capítulo teve como principal indagação: o Supremo de fato exerce sua função de Corte Constitucional? Seria possível um novo desenho para a Corte?

A partir deste cenário, constatou-se que o principal cliente do Supremo Tribunal Federal são os próprios órgãos da Administração Pública, o que causa uma enxurrada de processos e inviabiliza o próprio acesso à justiça.

Questões relacionadas à judicialização da vida, ou ainda, temáticas referentes à política e saúde pública são temas que frequentemente ocupam a pauta da Corte Constitucional brasileira e, pela defesa dos direitos fundamentais e do jogo democrático, o tribunal frequentemente se posiciona.

Por outro lado, a busca pelo acesso à justiça no Supremo fica prejudicada, pois matérias recursais ocupam a pauta, prejudicando o julgamento daquilo que seria função precípua da Corte Constitucional.

Tendo esta problemática como parâmetro, o terceiro capítulo desta obra é dedicado à análise do acesso à justiça no Supremo e como mudanças no tocante a

competências da Corte, podem ser importantes para garantir este acesso, sobretudo quando envolver direito das minorias.

Portanto, a partir das premissas fixadas, a pesquisa tem os seguintes objetivos: (i) buscar a relação do constitucionalismo e a função das Cortes Constitucionais; (ii) identificar quantitativamente quais são os problemas encarados pelo Supremo e uma melhor prestação jurisdicional; (iii) analisar se as regras de competência dadas ao STF são, de fato, garantidoras do acesso à Justiça.

Para chegar a este objetivo, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, na medida em que foram estabelecidas três premissas basilares para somente então chegar-se a uma conclusão.

No tocante ao método de procedimento, foi utilizado o estruturalista, verificando os postulados doutrinários, a interpretação jurisprudencial e uma análise crítica do papel do Supremo Tribunal Federal e como, aquele, interfere na busca pela garantia do acesso à justiça.

2 APONTAMENTOS ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O capítulo inicial deste trabalho traz a contextualização histórica acerca da evolução da ciência jurídica e o surgimento da jurisdição constitucional no mundo e, em especial, no Direito brasileiro. Para tanto, torna-se oportuno destacar que o pensamento jurídico sofreu diversas transformações, seja na criação do Direito, seja em sua aplicação e isto se deu por um fator de extrema importância: o período pós-guerras mundiais.

Na Primeira Guerra Mundial havia o bloco denominado “Tríplice Entente”, composta por Reino Unido, França e Império Russo e noutro lado, a “Tríplice Aliança”, formada pelo Império Alemão, Império Austro-Húngaro e o Reino da Itália. No final da citada guerra, o bloco liderado pelo Reino Unido sai vencedor, surgindo o Tratado de Versalhes e uma imposição gigantesca de condicionantes aos países perdedores, em especial, a Alemanha.

O referido tratado trazia em seu bojo a redução do exército alemão para o máximo de cem mil homens, a proibição de funcionamento da força aérea alemã (a famosa Luftwaffe), a devolução dos territórios de Alsácia e Lorena e o reconhecimento da independência da Áustria.

A derrota deu espaço ao sentimento alemão de vingança, principalmente com as imposições do Tratado de Versalhes e estes fatores foram importantes para ascensão do discurso severo, segregacionista e ideológico de Adolf Hitler, principalmente com a publicação do livro *Mein Kampf*.¹

Talvez a grande lição que a ascensão do regime nazista tenha deixado ao mundo do Direito foi o fato de que mesmo havendo a existência de uma norma extremamente vanguardista e protetora, chamada de Lei Fundamental de Weimar, esta foi incapaz de impedir a existência de um regime totalitário, segregacionista que - a partir de um discurso de ódio, repúdio e desrespeito aos direitos fundamentais, condenou inúmeras vidas e ocasionou diversas mortes. Nesta direção, nos valem da lição de Danilo Pereira Lima (2015, p. 20):

¹ O livro *Mein Kampf* é um clássico da literatura e possui dois volumes. Traduzido para o português, seu nome é “Minha luta” e foi escrito por Adolf Hitler em 1925. Seu primeiro volume foi escrito por Hitler quando este estava na prisão, logo após o término da 1ª Guerra Mundial. A obra é famosa por ter sido nela, pela primeira vez, onde o líder e ditador da Alemanha propagou o sentimento antissemita, com um discurso de ódio radical que lançou bases para o regime nazista.

Essa tendência se aproximou ainda mais com a chegada ao poder de Adolf Hitler, indicado como chanceler pelo presidente alemão Paul von Hindenburg após a vitória eleitoral do partido nazista, que movido por um nacionalismo belicista e com forte ressentimento contra outras nações estrangeiras – especialmente as que haviam derrotado a Alemanha durante a Primeira Guerra Mundial – buscava colocar abaixo toda a ordem constitucional da República de Weimar. Dessa maneira, a Europa foi invadida por toda sorte de regimes políticos comprometidos com o terror e com a instrumentalização do direito por meio de governos totalitários de direita e de esquerda.

O próprio Direito possibilitou a chegada de Hitler no poder e o início do “Terceiro Reich” razão pela qual fica fácil compreender que direito e justiça são valores que, embora próximos, não são sinônimos. O ideal é que estejam em consonância.

Nesta direção, o constitucionalismo, que foi imprescindível para frear os arbítrios do absolutismo e instaurar o império da lei sobre o rei, teve a necessidade de se reinventar, ocorrendo o que parte da doutrina chama de neoconstitucionalismo. Antes de esmiuçar qual o conceito de ambos os fenômenos, é imprescindível a demonstração de quais foram as transformações da ciência jurídica para se chegar a esta nova hermenêutica constitucional.

A primeira grande transformação está relacionada ao positivismo jurídico. Sobretudo antes da 2ª Guerra Mundial, havia um dogma de se confundir norma com justiça. Logo, havia a premissa de que aquilo que estava positivado era o que deveria ser cumprido, não se aferindo nenhum juízo de valor acerca do escrito. O papel do juiz, por sua vez, era apenas o de aplicar o direito positivado ao caso concreto. Com o período pós-guerras Mundiais e o naufrágio da Lei Fundamental de Weimar, o magistrado passou a ser um participante do processo de formação do Direito, tornando-se um intérprete da lei.

A segunda grande transformação está relacionada à passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico.

Noutras palavras, assim como o planeta Terra gira em torno do sol; no ordenamento jurídico, todas as leis infraconstitucionais giram em torno da Constituição, devendo todos os instrumentos normativos encontrarem fundamento de validade na lei maior, sob pena de inconstitucionalidade. Nesta direção, nos valem da lição de Luís Roberto Barroso (2018, p. 112/113):

(...) o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito

infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como constitucionalização do Direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o penal e processual.

A transformação acima mencionada gerou duas consequências interessantes: o nascimento da constitucionalização dos direitos - fenômeno este que veio para o Brasil após 1988 - e o surgimento e expansão da jurisdição constitucional e sua competência de controle de constitucionalidade. Como exemplos, temos a Corte Constitucional italiana, fundada em 1948 e o Tribunal Constitucional Federal alemão, fundado em 1951, o Tribunal Constitucional da Espanha, fundado em 1980 e o Tribunal Constitucional português, fundado em 1983.

Como exceção, o Tribunal Constitucional da Áustria se destaca por ter sido criado antes da 2ª Guerra Mundial, mais precisamente em 1919, e a explicação para este fato relaciona-se com o próprio surgimento do controle concentrado de constitucionalidade. Logo, desde sempre os austríacos acreditavam na jurisdição constitucional.

Uma outra exceção que deve ser destacada está nos Estados Unidos da América. Desde o famoso caso *Madison x Marbury*², o direito norte-americano se valeu de um modelo diferenciado de jurisdição, dando a qualquer juiz o poder de defender a Constituição, o que chamamos de controle difuso. Logo, o controle de constitucionalidade não fica restrito apenas a uma corte constitucional.

Outro legado deixado pelo pós-guerra está na ideia de que a Constituição não é apenas um documento político, de intenções e de formação do Estado. É mais do que isto: a Constituição passa a ter força normativa, bem como, supremacia frente a outras leis. Nesta direção, nos valem da lição de Rafael de Lazari (2018, p. 129):

É exatamente pela força normativa que se atribui sentido jurídico às Constituições, que se vincula o Legislativo não mais apenas formal mas também materialmente aos preceitos magnos, que se fomenta a jurisdição constitucional, que se legitima a eficácia horizontal (entre particulares) dos direitos e garantias fundamentais, que se atribui conteúdo aos princípios constitucionais outrora normativos. Enfim, pela força normativa deve-se entender a Constituição como um fim em si mesmo, e não mais como mero elemento complementar de argumentação.

² O caso *Madison x Marbury* foi um importante precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, julgado em 1803. O caso envolvia a nomeação de juizes de paz. Após perder a eleição presidencial, John Adams tenta manter o poder do partido federalista e passa a nomear vários juizes de paz, incluindo Marbury. James Madison, ao analisar que Marbury não tinha recebido a carta de posse, cancela a posse dele, restando ao candidato reclamar na Suprema Corte. O voto do juiz Marshall, para a doutrina, inaugurou o controle difuso de constitucionalidade, pois deu a qualquer juiz americano a legitimidade de defender a Constituição.

Para o referido autor, a força normativa da Constituição dá sentido material às aspirações formalmente elencadas pelo legislador, irradiando sua eficácia para os particulares, bem como, para a todas as relações humanas.

Quanto a normatividade jurídica da Constituição, Konrad Hesse (1991, p. 20/21) divide esta força em duas partes, sendo a primeira relacionada ao conteúdo e a segunda relacionada a aquilo que o autor chama de práxis, cuja função maior é a de preservar o espírito da Constituição. Assim, um traço marcante de respeito a esta característica é o de não interpretá-la ao prazer do operador do direito, uma vez que é a partir disso que se dá a consolidação desta tão sonhada normatividade:

a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige situation*) de seu tempo. Isso há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral (...)

b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até sacrificar algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.

Também, Hesse alerta que a estabilidade da Constituição é uma condição importantíssima para sua normatividade. Valores como a segurança jurídica e previsibilidade são necessários para o Estado constitucional. Uma das causas que colocam em risco a instabilidade é a frequente mudança ou revisão no texto da norma fundamental, no tocante a esta questão, o jurista alemão defende (1991, p. 22):

Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala

a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição.

Mas, a normatividade da constituição não fica restrita apenas ao ordenamento interno: os tratados internacionais são importantes ferramentas para dar força cogente e complementar as regras domésticas.

Prestigiando a noção de complementariedade do próprio direito internacional, o art. 5 §1º da Constituição traz – expressamente - a ideia de que os direitos e garantias previstos na norma fundamental brasileira não excluem aqueles previstos em tratados internacionais pelos quais o Brasil seja signatário.

No tocante ao direito internacional, o pós-guerra trouxe inúmeras mudanças para a disciplina. Inicialmente, o direito internacional tinha como função maior reger a relação entre Estados, relações estas, comerciais e político-institucionais, sendo que a referida disciplina jurídica era voltada para este tipo de comunicação.

No entanto, sobretudo após a 2º guerra mundial, o direito internacional muda seu foco, tendo como centro de atenção a proteção ao ser humano. Assim, surgiram inúmeros tratados e órgãos de proteção dos direitos humanos e foram criados tribunais internacionais, trazendo à tona a relativização da soberania estatal e o conseqüente surgimento de uma jurisdição suplementar de proteção. Tais criações foram os principais acontecimentos, ou seja, heranças das atrocidades deixadas pelas guerras. Neste diapasão, ensina Jorge Miranda (2000, p. 23/26):

Como será, pois, aludir ao contexto em que surge esse Tribunal Penal Internacional? O contexto do Direito Internacional em transição, atual, vindo da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal e de todo um conjunto de instrumentos e práticas que remontam a cinquenta anos. Um Direito Internacional que acusa agora algumas tendências, umas certamente positivas para alguns, outras, porventura, menos positivas para outros, mas tendências que consideraria irreversíveis, apesar de também haver sinais contraditórios. Essas tendências do atual Direito Internacional, seriam oito, na minha maneira de ver: a **universalização**; a **regionalização**; a **institucionalização**; a **funcionalização**; a **humanização**; a **objetivação**; a **codificação**; e a **jurisdicionalização**. (grifo nosso).

Estas oito tendências propostas pelo autor português refletem a mudança de paradigma do direito internacional nos pós-guerra, sobretudo porque veem no ser humano seu principal objeto.

Um direito internacional escrito por toda humanidade (e não por europeus ou americanos); a positivação em tratados – rompendo com a tradição costumeira deste

ramo do direito - a criação de instituições e tribunais internacionais de direitos humanos e o reconhecimento de que a jurisdição interna não é suficiente para a proteção do ser humano são as principais inovações deste ramo jurídico. Por esta razão, esta nova roupagem do direito internacional é apelidada de “Direito das Gentes”.

Quanto ao direito internacional público na contemporaneidade, também nos valem da lição de Valério de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 81):

O Direito Internacional Público, dentre todos os ramos das Ciências Jurídicas, é o que atualmente mais tem se desenvolvido, principalmente depois da mudança do cenário internacional pós- Segunda Guerra, quando começam a aparecer, com mais vigor, as organizações internacionais intergovernamentais, seguidas de uma avalanche de tratados a versar matérias das mais diversas como a terra, o mar, os fundos marinhos, o espaço ultraterrestre etc. Ademais, matérias novíssimas como a proteção internacional dos direitos humanos, o direito internacional do meio ambiente e o direito internacional penal, que estão na pauta do dia da agenda internacional, também vêm trazendo grandes mudanças para o Direito Internacional Público contemporâneo.

Após este panorama inicial de contextualização histórica, partiremos para o seguinte questionamento: o que é o constitucionalismo? Qual sua importância para a defesa dos direitos fundamentais e sua importância para a jurisdição constitucional?

O constitucionalismo foi um movimento político e jurídico que influenciou a história dos povos e deu suporte para o que chamamos, nos dias de hoje, de Estado Democrático de Direito. Outrossim, existem diversas fases para o constitucionalismo. De forma peculiar, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 51) não divide o constitucionalismo em fases, mas em “movimentos constitucionais” que, desde o período grego aos atuais tem como principal objetivo limitar os poderes do soberano.

Para Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017, p. 33) “constitucionalismo é o movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição”. Para o referido autor, o movimento ora estudado tem cunho social pois reúne diversos movimentos historicamente relevantes cujo objetivo principal era o de limitar o poder e florescer a defesa dos direitos fundamentais.

Também é um movimento político porque - além de limitar os poderes do soberano - tinha o intuito de organizar a própria estrutura do Estado. Por fim, trata-se de um movimento jurídico porque a limitação de poderes se tornaria legítima a partir do império da lei.

Rafael de Lazari (2018, p. 46) ensina que “o constitucionalismo surgiu em oposição ao caráter divino e/ou imperativo do monarca, num tentante de impor limitação ao poder e seus desdobramentos negativos, como o autoritarismo e a censura”.

Nesta mesma direção, Luís Roberto Barroso (2018, p. 31) conceitua constitucionalismo, valendo a observação:

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito), rule of law, Rechtsstaat, O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita - o do Reino Unido - e outros muito numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de cartas escritas.

O próprio autor menciona que o constitucionalismo deve ser calcado em dois grandes valores: a legitimidade de governo e a adequação voluntária e espontânea de seus destinatários. Caso contrário, não há que se falar em Estado de Direito.

Neste diapasão, podemos destacar três grandes valores do constitucionalismo: a supremacia da Constituição, a limitação do poder e a existência de Constituições que asseguram direitos e garantias fundamentais.

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nuner Júnior (2011, p. 26), o termo “constitucionalismo” faz alusão a dois sentidos.

Primeiro, o de movimento, o de organização de pessoas em torno de um ideal, de um objetivo. Segundo, o de Constituição. Parece-nos que é isso, constitucionalismo é o movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado de Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações.

A partir destas considerações iniciais acerca do conceito de constitucionalismo, torna-se importante destacar a classificação deste movimento, que desde o período grego e romano, lançou sua base estruturante para o movimento constitucionalista da Idade Moderna. Mas, há que se considerar - a partir da lição de Gilmar Ferreira Mendes de Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 39) - que “a compreensão da Constituição como técnica de proteção das liberdades é atributo do constitucionalismo moderno, que importa conhecer para que se possa discernir o próprio momento atual, do qual muitos denominam de neoconstitucionalismo”

Seja como for, Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 347) destaca que uma das principais heranças deixadas pelo constitucionalismo foi a primazia pela dignidade da pessoa humana e sua importância para a consolidação da paz. Eis a lição:

O constitucionalismo não foi o resultado de alguma proposição teórica abstratamente formulada, mas resultou do reconhecimento de peculiaridades da pessoa humana, de necessidades e aspirações comuns a toda humanidade, percebidos e explicitados, gradativamente, a partir de situações concretas. Por tudo isso, o conhecimento do constitucionalismo, de seus fundamentos, e de sua extraordinária importância para a conquista e manutenção da paz se faz a partir da história, da identificação de fatores de influência adicionados em cada época e da contribuição das teorias políticas e jurídicas que, nas últimas décadas, conceituaram a Constituição como norma jurídica superior de cada povo, concebendo os valores como direitos fundamentais e definindo instrumentos de garantia e persecução de direitos, para que estes sejam efetivados e para que os conflitos que os envolvam sejam solucionados por vias pacíficas, ao alcance de todos, sem qualquer exclusão ou exceção.

Neste diapasão, o constitucionalismo pode ser dividido em 3 grandes momentos: o antigo, o clássico e o moderno.

2.1 O Constitucionalismo Antigo

O primeiro movimento do constitucionalismo foi marcado pela influência grega, romana e por diversos documentos que podem ser classificados como antecedentes históricos da Constituição.

É mister salientar outros dois grandes eventos que marcaram o constitucionalismo: a assinatura da Magna Carta *Libertatun* de 1215 e seus legados e a Revolução Gloriosa, símbolo de ascensão da burguesia inglesa e limitação dos poderes do rei, com o *Bill of Rights* que traz muito da constituição, bem como outros “*bills*” da Inglaterra.

Nesta feita, torna-se necessário buscarmos base teórica na Grécia Antiga e a sua contribuição para o direito. Na Grécia antiga havia diferença entre as normas “*topoi*” e “*nomoi*”. As primeiras, segundo os contos gregos, eram de origem de “Zeus” e somente o divino poderia legislar sobre elas. Estas normas estavam relacionadas à religiosidade, sendo imutáveis. As segundas, por outro lado, eram provenientes dos homens, sendo normas que regulamentavam o cotidiano; portanto, mutáveis.

A partir desta distinção, surge a concepção de direito natural, ou seja, aquele que acompanha o ser humano, inerente a ele. Um conto importante e que relata esta distinção é a tragédia grega chamada “Antígona”, de Sófocles, escrita por volta de

442 a.c. Antígona, personagem principal da peça, dialoga com o rei Creonte, soberano de Tebas, sobre a morte de seus dois irmãos Etéocles e Polinice mortos em uma batalha na qual lutavam um contra o outro. Assim sendo, por ser opositor do rei, o próprio Creonte ordena que o corpo de Polinice não fosse enterrado, deixando para que as aves o devorassem, negando a ele o ritual de passagem.

Já a Etéocles, por ser adepto do governo de Tebas, foi concedido o direito a um funeral. Antígona, irmã de ambos, se dirige ao corpo de Polinice e enterra o irmão, contrariando o édito real de Creonte. Todavia, a grande lição desta peça grega está na argumentação utilizada por Antígona para questionar o rei Creonte. (2005, p. 30):

Creonte: E apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação?
 Antígona: Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! Tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem que isso me venham a punir os deuses! Que vou morrer, eu bem sei; é inevitável; e morreria mesmo sem a tua proclamação. E, se morrer antes do meu tempo, isso será, para mim, uma vantagem, devo dizê-lo. Quem vive, como eu, no meio de tão lutuosas desgraças, que perde com a morte? Assim, a sorte que me reservas é um mal que não se deve levar em conta; muito mais grave teria sido admitir que o filho de minha mãe jazesse sem sepultura; tudo o mais me é indiferente! Se te parece que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de loucura!

A fala de Antígona reflete a existência de um direito consagrado pelos deuses, direito este que não pode ser retirado pelos mortais. Assim, quando a personagem interroga Creonte sobre seu édito real, dizendo que, aquele, não tinha força o suficiente para revogar as ordens de Júpiter, ela traz a mensagem de que nem mesmo as leis mais entusiasmadas teriam o condão de revogar um direito consolidado pelos deuses. Logo, há – neste relato - uma clara distinção entre normas, sendo uma delas que fundamenta a própria existência de um reino (ou Estado); devendo qualquer monarca respeitar o que chamamos hoje de “cláusulas pétreas”.

Sófocles foi, portanto, quem primeiro falou num direito natural, que se identificava com a Justiça de Zeus, no diálogo, quando Creonte (2005, p. 45) pergunta por que Antígona tripudiava seu édito real:

É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. Eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos,

não escritos, imutáveis dos deuses. Porque não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. Ora causa das atuais leis, não queria eu ser castigada perante os deuses, por ter temido a decisão de um homem. Eu já sabia que havia de morrer um dia – como havia de ignorá-lo -, mesmo que não tivesses proclamado esse édito.

Avançando um pouco, em meados do século XIII, um importante documento caracterizou o constitucionalismo antigo: a Magna Carta *Libertatum* de 1215 a qual foi um importante antecedente histórico das constituições que temos hoje. Escrita pelos barões ingleses, este documento teve um importante papel: frear os arbítrios do rei João, apelidado de “João Sem Terra”. Na época, o rei João herdou de seu irmão “Ricardo Coração de Leão” o trono da Inglaterra, após a morte do antecessor em batalhas.

Pelos arbítrios do rei João, gastos desordenados da realeza, guerras perdidas e a consequente perda de territórios, os barões da época cercaram Londres e forçaram o rei João a assinar o referido documento que, em diversas outras versões, foram assinadas por tantos outros reis sucessores dele.

Os principais legados deixados pela Magna Carta, conforme ensina Fábio Konder Comparato (2010, p. 93/94.) são: o princípio da anterioridade tributária, a noção de domicílio inviolável, uma noção preliminar de habeas corpus (*writ of mandamus*), a liberdade de locomoção, as bases do tribunal do júri e a noção de devido processo legal.

A Magna Carta, para Jayme de Altávila (2001, p. 150) foi outorgada³ pelos barões ingleses em 15 de junho de 1215 e assinada pelo Rei João Sem Terra. Segundo Aluizio Ferreira (1997, p. 115) o documento abordava a liberdade de informação e até a notícia⁴ em quatro dos seus sessenta e sete artigos. O documento traz privilégios, que vão alcançar, posteriormente, toda a hierarquia social, havendo então enfraquecimento do poder absoluto do rei.

Não menos importante, em 1689 houve a assinatura do “*Bill of Rights*”, documento assinado por Guilherme de Orange, herdeiro do trono da Holanda e casado com Mary Stuart, filha do rei Jaime da Inglaterra. Com a saída do pai de Mary Stuart do trono e o triunfo da Revolução Gloriosa e a ascensão do liberalismo frente ao absolutismo

³ . Redigida em latim bárbaro, o texto, dividido em parágrafos, tem um preâmbulo e sessenta e três cláusulas. Conforme o autor: “*A Carta não representou uma concessão do monarca inglês, mas - vale ressaltar – lhe foi imposta pelos Barões e Bispos da Inglaterra, os quais, tendo organizado o 'Exército de Deus e da Santa Igreja', marcharam contra Londres, forçando o Rei, após quatro dias de recusa, a subscrevê-la, apondo-lhe o selo real*”.

⁴ O autor reproduz a Magna Carta Libertatum, art 7º : “*Os herdeiros contrairão matrimônio sem desproporção, isto, conforme a sua respectiva condição e estado. Não obstante, antes de contrair o matrimônio, se dará notícia do mesmo aos parentes consangüíneos do referido herdeiro*”.

inglês, o então príncipe holandês para ocupar o trono na Inglaterra, foi obrigado a assinar o “*Bill of Rights*”, a carta de direitos do povo inglês.

O referido documento é outro antecedente histórico da constituição, pois limitou ainda mais os poderes do rei, transformando-o num governante representativo. Dentre as principais inovações deste documento, destacam-se: a existência de uma lei que só poderia ser reconhecida após sanção do Parlamento, a limitação de gastos do rei, a proteção de direitos individuais, a consagração do direito à propriedade privada, a existência da liberdade de imprensa e a limitação dos poderes do Rei pelo Parlamento.

Todavia, algo de extrema importância foi deixado pela Revolução Gloriosa: a valorização do Judiciário, a supremacia do Parlamento e o lançamento das bases para o *common law*; diferentemente da Revolução Francesa que desvalorizou a magistratura e deu maior importância ao Legislativo. Neste sentido, Eduardo Cambi e Ivan Moizés Ilkiu (2014, p. 134) ensinam:

A razão que levou os franceses a restringir o juiz como “*bouche de la loi*” (juiz como boca da lei) foi de que o Judiciário francês mantinha, com a aristocracia, vínculos visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, fraternidade e da liberdade. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, fazendo com que o cargo de magistrado fosse usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. A preocupação dos revolucionários franceses foi desenvolver um direito novo, baseada na estrita separação dos poderes impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário. Em contrapartida, na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa, em 1688, ficou estabelecido o instituto da *supremacy of the parliament* (supremacia do Parlamento). Logo, não houve nenhuma necessidade de afirmar a prevalência da lei sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum (*common law*) em face do rei. A norma elaborada pelo Legislativo estaria inserida dentro do *common law*, na busca de afirmação dos direitos e das liberdades do povo inglês contra o rei. Por isso, a revolução não teve a pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o Parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito.

O *Bill of Rights* teve uma contribuição ímpar para a evolução do pensamento jurídico, pois além de restringir os poderes do rei Willian, que nasceu no Reino dos Países Baixos, garantia ao povo inglês inúmeros direitos. Estas duas marcas são importantes para o movimento constitucionalista.

Outro dado importante está no fato de que estas garantias deram ao Parlamento um papel institucional imprescindível. Além de fiscal do próprio rei, o Legislativo inglês se tornou o principal órgão, desenvolvendo até mesmo o papel de controlar a constitucionalidade de leis, atribuição dada à Câmara dos Lordes.

Há que se destacar que a função judicial foi retirada da Câmara dos Lordes em 2005, a partir de uma reforma constitucional. Neste sentido, Neil Andrews (2012, p. 76/77) explica as razões desta mudança:

Em 2005 a Constitutional Reform Act foi decretada, levando à extinção da House of Lords em 2009. Em 28 de julho de 2009, os Lords of Appeal in Ordinary conduziram o último julgamento na Câmara da House of Lords (o último caso relacionava-se a uma questão de eutanásia). Em outubro de 2009, a Supreme Court do Reino Unido reuniu-se pela primeira vez. Em *Mc Gonell v. UK* (2000), a European Court of Human Rights observou a necessidade de uma total separação das funções judiciais, executivas e legislativas.

No tocante à Reforma Constitucional inglesa e o novo papel da Câmara dos Lordes após 2005, Neil Andrews (2012, p. 79) continua em suas considerações:

O Constitutional Reform Act 2005 destituiu o papel judicial do antigo gabinete do Lord Chancellor. Este deixou seu posto de juiz. Agora, é um mero representante do Executivo, Ministro da Coroa e membro do Gabinete. Além disso, desde a Lei de 2005, o Lord Chancellor foi rebaixado a Ministro “não judicial”, o caminho foi aberto para a criação da Supreme Court.

O que se nota é que o “*Bill of Rights*” deu ao Parlamento uma espécie de supremacia constitucional, a ponto de um órgão - que era para ser tipicamente pertencente ao Legislativo - desempenhar funções judiciais, funções estas declaradas incompatíveis com a Declaração Europeia de Direitos Humanos.

Assim, o *Lord Chancellor*,⁵ um dos principais cargos na hierarquia britânica desempenhava o papel de Chefe do Poder Judiciário, de membro do próprio Gabinete de Governo do 1º Ministro e também de membro sênior da Câmara dos Lordes, uma das casas legislativas das ilhas britânica.

Foi a partir do desenvolvimento do direito inglês no século XVII - que possibilitou a supremacia do Parlamento, instituição importantíssima até os dias atuais - que o constitucionalismo antigo se ergueu e lançou as bases de sustentação para o movimento constitucionalista clássico.

⁵ O cargo de Lord Chancellor é um dos principais da administração da monarquia parlamentarista britânica. É um cargo nomeado pela rainha, após ser aconselhada pelo Primeiro Ministro. Até 2005, o Lord Chancellor era o Chefe do Poder Judiciário, membro do Gabinete do Primeiro Ministro e membro do Legislativo, na própria Câmara dos Lordes. Portanto, um mesmo cargo pertencia aos 3 poderes .

2.2 Constitucionalismo Clássico

Esta nova onda do constitucionalismo foi marcada por dois importantes documentos: a Constituição Francesa (1791) e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte (1787).

Há que se destacar que o constitucionalismo francês nasceu a partir de uma sangrenta revolução e, após ela, a divisão de pensamentos entre girondinos, liderados por Jacques Pierre Brissot e os jacobinos, liderados por Maximilien de Robespierre e Danton. Os jacobinos representavam a ala mais radical da revolução: propunham a instituição de um governo a partir do terror e a necessidade de romper com todo passado monárquico, inclusive decapitando aqueles que representavam o Antigo Regime.

Já o constitucionalismo americano nasce a partir da colonização do novo território e de perseguições religiosas de ingleses protestantes na própria Inglaterra. Um importante precedente da constituição americana é o *Mayflower Compact*, escrito a bordo do navio *Mayflower* e que propunha para aqueles novos colonos a proteção de liberdades individuais, como o direito de propriedade e o culto à liberdade religiosa, até porque os novos desbravadores da América do Norte tinham a intenção de residirem neste novo lugar, construindo suas respectivas vidas.

Estes dados são importantes porque refletem como o constitucionalismo americano surgiu: a partir de uma Constituição enxuta, menos densa quanto ao conteúdo, escrita e acessível aos cidadãos. Neste ponto, nos valem da lição de Rafael de Lazari (2018, p. 53):

Acerca do constitucionalismo estadunidense, Alejandro Herrera frisa que é necessário reconhecer a inevitável sobreposição que tiveram a teoria política e o constitucionalismo nos Estados Unidos. Para o autor, os teóricos políticos clássicos deste país são produto quase natural do constitucionalismo. Hamilton, Madison, Jefferson, entre outros, mostram a importância da ordem constitucional em seus escritos políticos. Não menos importante é que a Constituição dos Estados Unidos seja pioneira nos seguintes pontos: **está escrita em um único documento e mostra linguagem muito acessível para o cidadão médio**. O constitucionalismo estadunidense convida a refletir sobre o profundo interesse pela participação do povo no governo. Por sua vez, sobre o constitucionalismo francês, opina Dieter Grimm que, pouco mais tarde ao contexto norte-americano, quando na França se produz a quebra do poder hereditário, no curso da reconstrução do Estado também se abre espaço para um conceito de **Constituição jurídica, formalizada e carregada de conteúdo(...) regra fundamental que determina a maneira como a autoridade pública deve ser exercida** (*grifo do autor*).

É importante destacar que a técnica de escrita da Constituição dos Estados Unidos foi importante para desenvolver a cultura de precedentes, rompendo com a tradição franco-romana do “*civil law*”, uma vez que em um linguajar breve, acessível e de poucos artigos, quis o constituinte norte-americano dar ao juiz o poder de interpretar o direito, por meio de suas razões de decisão.

Sem dizer na técnica legislativa também usada, no sentido de deixar para o Poder Constituinte Derivado - através das emendas – completar e direcionar a Constituição para a sociedade.

Neste sentido, a tradição inglesa que inspirou a norte americana com o *common law* se difere totalmente da tradição do *civil law*, de origem francesa. Isto se justifica pelo fato do *Ancien Regim* ter sido mantido com a chancela da magistratura francesa, à época, representada por pessoas nomeadas pelo rei, sendo-basicamente os juízes amigos do rei.

Na Inglaterra, diferentemente, a Revolução Gloriosa deu ao Judiciário um prestígio muito maior. Era, o magistrado inglês, aquele que freava os arbítrios de um rei (que já era limitado politicamente, após a revolução) e a partir da interpretação de casos (o que futuramente chamamos de precedentes), o juiz era o responsável pela interpretação e aplicação do direito e não estava restrito apenas à lei.

O constitucionalismo clássico, portanto, proporcionou o nascimento de duas culturas jurídicas diferentes, estando elas relacionadas à atividade jurisdicional.

2.3 Constitucionalismo Moderno

O movimento constitucional clássico foi caracterizado pela limitação dos poderes do rei, a queda do Antigo Regime e principalmente, pela defesa das liberdades individuais. Assim, tanto a revolução americana quanto a francesa tiveram como resultado comum o triunfo da burguesia. A partir desta onda constitucional, não basta apenas o Estado defender as liberdades individuais, surgindo uma nova proposta além desta defesa, qual seja, a proteção e promoção dos direitos sociais.

Na visão deste autor, o constitucionalismo moderno foi marcado por duas legislações muito importantes para o desenvolvimento da ciência jurídica atual: a “Constituição Mexicana de 1917” e a “Lei Fundamental de Weimar de 1919”, visto que ambos os documentos contribuíram para o desenvolvimento dos direitos sociais.

2.3.1 Os legados da Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar de 1919 para o constitucionalismo

A Constituição Mexicana de 1917 rompeu com a ditadura caudilhista de Porfírio Díaz que, mediante reeleições, governou o México por cerca de trinta anos. No que se refere à origem do texto constitucional mexicano, nos valem da lição de Fábio Konder Comparato (2010, p. 189):

O pensamento de Mikhail Bakunin muito influenciou Ricardo Flores Magón, líder do grupo Regeneración, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfírio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfírio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores políticos do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado (...). Pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independentemente da figura do chefe de Estado.

Contudo, talvez a maior herança deixada pelo documento tenha sido o desenvolvimento dos direitos sociais, principalmente de ordem trabalhista. Como por exemplo, o artigo 9º do referido documento menciona o direito à remuneração do trabalhador como forma de justiça social. Também, no próprio artigo 1º⁶, a legislação trouxe - de forma inovadora - o compromisso da carta política com a proteção dos direitos humanos.

Não menos diferente temos a Lei Fundamental de Weimar, na Alemanha, que também se destacou pela existência e proteção dos direitos sociais. No que se refere à origem do citado documento, também nos valem da lição de Fábio Konder Comparato (2010, p. 201):

A vigência efetiva dos textos constitucionais depende muito mais do que as leis ordinárias, de sua aceitação pela coletividade. Ao sair de uma guerra perdida, que lhe custou, ao cabo de quatro anos de combate, cerca de 2 milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população ativa masculina), sem contar a multidão dos definitivamente mutilados, o povo alemão passou a descrever de todos os valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas. Sem dúvida, o texto constitucional é equilibrado e prudentemente inovador. Mas não houve tempo suficiente para que as novas ideias amadurecessem nos espíritos e as instituições democráticas começassem a funcionar a contento. A

⁶ Constituição Mexicana de 1917. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/mx/mx139es.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2018.

Constituição de Weimar foi votada ainda no rescaldo da derrota, apenas sete meses após o armistício, e sem que se divisassem com clareza os novos valores sociais. Ela não podia deixar, assim, de apresentar ambiguidades e imprecisões, a começar pela própria designação do novo Estado, que se quis reconstruir sobre a ruína do antigo. A Carta política abre-se com a surpreendente declaração de que o “império alemão (das Deutsche Reich) é uma República”!

Rafael de Lazari (2018, p. 56) enfatiza que “a Constituição de Weimar, quando instituiu o Estado Social, deu nova faceta ao regime democrático alemão, a qual permitiu que nos anos seguintes ascendesse o regime totalitário”.

A maior lembrança deixada pela Lei Fundamental de Weimar está no fato desta ser uma Constituição flexível, o que possibilitou o surgimento do regime totalitário de Hitler. Tirando isto, o principal legado deixado por esta norma foi o lançamento das bases para o chamado “Estado de Bem Estar Social” (*welfare state*), implementado no período pós Segunda Guerra Mundial. Neste diapasão, nos valem da ideia de Fábio Konder Comparato (2011, p. 205):

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao completar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava- com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século.

Neste raciocínio, também nos valem da lição de Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017, p. 89) sobre a Lei Fundamental de Weimar:

Foi a pioneira na previsão de igualdade entre marido e mulher (art.119), na equiparação entre filhos legítimos e ilegítimos (art.121), na tutela estatal da família e da juventude (art. 119 e 122), mas tem importância histórica marcante na previsão de disposições sobre educação pública e direito trabalhista, a partir do art. 157(...). A sindicalização está garantida no artigo 159. (...) Inovadora e vanguardista foi a previsão de um direito internacional de garantias mínimas do trabalho...

Indiscutivelmente, a norma de 1919 foi muito importante para a ciência jurídica como um todo. Por exemplo, a ideia de igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos - que chegou no Brasil apenas com a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, já era empregada na Alemanha no começo do século passado. Outrossim, muito

embora tenha sido uma legislação vanguardista, a Lei Fundamental de Weimar foi rasgada pelo regime de nazista e nela, instituído o mais tenebroso império de segregação já visto no mundo.

Nesta feita, a noção jurídica de “lei positivada” foi imprescindível para o sucesso do regime jurídico nazista, ou seja, a noção de que o direito é aquilo que a lei dispõe tornou-se imprescindível para a própria estrutura governamental nazista.

2.3.2 A queda da Lei Fundamental de Weimar e o positivismo

A teoria do positivismo jurídico teve como principal expoente o jurista Hans Kelsen, ao propor sua obra “Teoria Pura do Direito”. Antes de falarmos sobre a teoria propriamente dita, torna-se importante falarmos sobre a própria história de Kelsen.

Nascido em Praga, em 1881, mas com parte de sua carreira na Áustria, Kelsen- cuja origem era judaica, chegou a ser doutor e livre docente pela Universidade de Viena e encerrou sua vida acadêmica na Universidade de Berkeley, Califórnia, nos Estados Unidos, após exílio e perseguição nazista. No que tange sua vida dedicada ao estudo do Direito, Kelsen – em uma de suas principais obras - a “Teoria Pura do Direito”, propõe nova modelagem ao Direito, buscando objetividade e exatidão, como todos os ramos científicos.

O que o autor propôs na referida obra é a separação entre a ciência jurídica e valores conexos, como a ética, moral, ou até mesmo, outras ciências, como a psicologia e economia. Assim, a pureza do Direito está naquilo em que se encontra escrito na lei. Neste sentido, nos valem da lição do próprio autor (2013, p. 67):

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Tão somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer : ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro.

No entanto, ficou claro para o mundo que a lei por si só não é sinônimo de justiça e uma ditadura amparada apenas pelo direito, é uma grande lástima para a

humanidade. Foi o que aconteceu na Alemanha nazista: a própria lei positivada amparou o regime de perseguição, discriminatório e persecutório às minorias.

Por esta razão, surge a teoria dos princípios e crescente mudança de paradigma acerca do papel do magistrado. Dessa forma, o juiz que aplicava a lei passou a ser intérprete dela, podendo buscar – por meio dos princípios positivados - a solução de um caso concreto complexo. Esta temática será abordada em tópico oportuno.

Neste diapasão, nasce a terceira dimensão dos direitos fundamentais: a fraternidade. A criação de tratados de proteção de direitos humanos, o surgimento dos tribunais internacionais de tutela de direitos e a união dos povos para a proteção dos direitos humanos são alguns dos elementos que formaram este momento.

2.4 O Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo, para parte da doutrina, é um novo movimento constitucional, sobretudo com a experiência das guerras mundiais, a expansão dos direitos humanos e a certeza de que a lei positivada e nem mesmo a jurisdição interna são suficientes para abalar a supremacia da proteção humana.

Max Moller (2011, p. 15), enfatiza que o movimento neoconstitucionalista é marcado pelo protagonismo do Poder Judiciário, a perda da hegemonia da lei como fonte de direito, a aplicação direta da constituição, tendo esta caráter cogente; a presença de cláusulas abertas ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, a influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas jurídicas, a violação da separação de poderes.

Estas consequências propostas por Moller foram fruto, principalmente, do pós-guerras mundiais, situação onde o próprio Direito teve que se reinventar.

Como exemplo, o conceito de soberania absoluta do Estado deu espaço para o nascimento de tribunais internacionais de proteção de direitos humanos. O dogma do texto positivado deu espaço à expansão da força normativa dos princípios.

A esta nova fase de superação do texto da lei, a ideia de que valores conexos devem formar o convencimento do juiz e a aproximação da ciência jurídica com a ética e moral é chamada de neoconstitucionalismo e também de pós positivismo.

Embora tais expressões aparentemente pareçam ser sinônimas, Marcelo Novelino (2016, p. 61) aponta algumas diferenças entre estes movimentos:

O pós-positivismo, como via intermediária para a superação das concepções jusnaturalistas e juspositivistas, tem a pretensão de **universalidade**, ou seja, pretende desempenhar o papel de autêntica teoria geral do direito aplicável a qualquer tipo de ordenamento jurídico, independentemente de suas características específicas. (...) O neoconstitucionalismo, por seu turno, tem pretensões mais específicas. Trata-se de uma teoria particularmente desenvolvida para explicar e dar conta das complexidades que envolvem um modelo específico de organização político-jurídica (o Estado constitucional democrático) e de constituição (“constituições normativas e garantistas”) **(grifo nosso)**.

Por esta ótica, o pós-positivismo propõe uma visão universal desta nova realidade jurídica, uma espécie de teoria geral do direito aplicável a todos os ordenamentos, sendo, portanto, um gênero.

O neoconstitucionalismo, por outro lado, seria uma espécie desta nova tendência, estando relacionada à organização jurídica, política e à própria estruturação do Estado.

Como decorrência lógica da universalidade proposta pelo pós-positivismo, as constituições pelo mundo - principalmente criadas no período pós-guerras - trouxeram uma pluralidade de valores e o multiculturalismo tornou-se um marco importante para esta nova tendência constitucional.

O plano internacional acompanhou a referida tendência, surgindo inúmeros tratados que tiveram como foco a dignidade da pessoa humana. De forma muito organizada, Marcelo Novelino (2016, p. 57/58) divide o pós positivismo em três grandes vertentes: a metodológica, ética e teórica.

O pós-positivismo metodológico está relacionado à relevância da teoria jurídica, sendo esta importantíssima para solucionar os casos difíceis. Assim, nos casos em que a lei não trazer uma solução pré-pronta, a teoria jurídica e, sobretudo, os princípios constitucionais serão as balizas norteadoras para resolução do conflito.

A segunda vertente é denominada de positivismo ético. Noutras palavras, valores que até então eram irrelevantes para o direito, como a ética e a moral, passaram a ter extrema importância.

Por fim, o positivismo teórico está relacionado à mudança na teoria das fontes do direito. Assim, o reconhecimento da normatividade dos princípios é a marca do pós-positivismo. Além da doutrina e jurisprudência, os vetores são fontes imediatas para a solução de determinada lide.

Quanto à omissão da lei, a própria leitura do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro teve que ser reinterpretada. No que se refere ao conflito

de normas, em mesmo pé de igualdade estão os critérios da analogia, o costume e os princípios gerais do direito, sendo que não se sustenta mais a noção de que os últimos devem ser residuais, ou seja, usados apenas quando não couber os primeiros.

Para a lição de Eduardo Cambi (2011, p. 79), “o neopositivismo é uma das consequências filosóficas do neoconstitucionalismo.” Trata-se de um novo modelo, na medida em que marca a superação dos modelos jusnaturalistas e positivistas. O referido autor menciona alguns aspectos que fizeram surgir este novo marco filosófico, sendo eles: o declínio da escola da Exegese e a nova hermenêutica jurídica (filtragem constitucional); a força normativa da Constituição, que deixa de ser mera carta de intenções políticas, passando a vincular juridicamente os detentores do poder e a natureza contratual do Estado, tendo a noção de que o Direito é um produto da razão e não de origem divina.

Com este raciocínio, Cambi (2011, p. 80) menciona sete características do positivismo: identificação plena do direito com a lei, a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas), o não reconhecimento dos princípios como norma, a dificuldade de explicar conceitos indeterminados, a identificação entre vigência e validade da lei, o formalismo jurídico e a identificação da legalidade com a legitimidade.

Em lado oposto, o neopositivismo - na visão do citado autor - apresenta como principais características: a superação do legalismo, a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, a diferenciação entre regras e princípios, a normatividade de ambos e a superação do formalismo jurídico e processual.

No que se refere ao neoconstitucionalismo, este modelo jurídico, político e institucional tomou proporção após a Segunda Guerra Mundial e dois fatores são relevantes para este marco: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento de que a lei não é suficiente para reger as relações humanas, surgindo a normatividade dos princípios para a defesa dos direitos fundamentais (traço herdado do pós positivismo).

Há que se ressaltar que esta tendência constitucional reflete o constitucionalismo contemporâneo que não fica restrito apenas à supremacia da lei e o reconhecimento da necessidade de frear os poderes do governante. Esta nova tendência não inventa a constituição e não apaga a herança do constitucionalismo clássico, apenas complementa a evolução constitucional para a defesa dos direitos fundamentais e a legitimação do juiz para salvaguardar a Constituição e o jogo democrático.

No que se refere ao conceito deste movimento, nos valeremos da lição de Luis Roberto Barroso (2018, p. 305)

O novo direito constitucional, fruto das transformações narradas neste capítulo, tem sido referido, por diversos autores, pela designação de neoconstitucionalismo. O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcada pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. Dentro destas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas. Há quem questione a efetiva novidade dessas ideias, assim como seus postulados teóricos e ideológicos. Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais.

Em sentido contrário, Lênio Streck critica a onda neoconstitucionalista, atestando que a possível “superação” do positivismo jurídico traz repercussões drásticas ao ordenamento jurídico, causadas pela ponderação.

A famosa técnica da ponderação, utilizada pelos operadores do direito na contemporaneidade, segundo o próprio Streck, seria - num conflito de bens jurídicos - eleger aquele de maior importância por meio de uma fundamentação principiológica. Segundo o autor, o uso desenfreado dos princípios jurídicos, reflexo desta força normativa dos vetores, trouxe aos magistrados poderes inimagináveis, a ponto de se confundir fundamentação judicial com discricionariedade judicial.

Noutras palavras, a partir do momento que o juiz invoca um princípio para solucionar uma lide, mesmo que haja uma norma positivada, estaria o magistrado revogando o texto legal e deixando o jurisdicionado a mercê do achismo ético e moral do julgador. Foi por esta razão, que o próprio autor se intitula um neoconstitucionalista (2014, s.p).

Aguardemos os próximos julgamentos do STF. De minha parte, continuo dizendo: direito possui DNA; os julgamentos não devem ser feitos a partir das apreciações subjetivas (valorativas, ideológicas, etc) dos julgadores. Eis o cerne de minha chatice epistêmica, que me faz voltar a esse assunto tão seguidamente. Também... a cada dia esse fenômeno do solipsismo ganha mais força. Eis porque volto à carga. E eis também porque abandonei o neoconstitucionalismo, porque ele contribuiu para o estado de fragmentação das decisões em *terrae brasilis*. Não é por nada que o próprio *establishment* decidiu colocar barreiras contra si mesmo, mediante a criação de súmulas vinculantes, repercussão geral e jurisprudência defensiva. Não é por nada... Numa palavra: aquilo que hoje lhe agrada, amanhã pode lhe desagradar. Daí minha pergunta que não quer calar: é melhor confiar no direito (naquilo que venho explicitando de há muito, não uma simples estrutura formal, é claro) ou no subjetivismo dos julgadores? Cartas para a coluna!

Inúmeras críticas a este movimento são direcionadas, a começar, pelo prefixo “neo”, que transmite a ideia de haver um novo direito constitucional, superando

todas as conquistas dos movimentos anteriores. Noutras palavras, seria equiparar a força normativa dos princípios ao próprio nascimento do movimento constitucional contemporâneo. De maneira simples e objetiva, seria dizer que Pelé foi o inventor do futebol, desconsiderando que o esporte existe há centena de anos, muito embora o atleta brasileiro tenha sido o principal expoente do século XX.

Muito embora a teoria seja criticada já pelo uso do prefixo “neo”, este foi utilizado pela primeira vez pela jurista italiana Susanna Pozzolo, mais precisamente em 1997 em uma palestra na Argentina. Mas, foi com seu artigo “Un constitucionalismo ambíguo” que a autora genovesa deixou clara a intenção do “neoconstitucionalismo” de ser uma ideologia com inúmeras contradições. Uma delas, segunda a autora (2002, p. 159), está no que tange à capacidade da validade formal mudar a material e isto seria suscetível a partir de determinadas ideologias.

Fazendo considerações críticas, Bruno Aguiar Santos (2018, p. 96/97) traz como retrocesso a ideia de superação do positivismo jurídico. Não aquele positivismo - legalista ou formalista que de fato não é o bastante para trazer todas as respostas às perguntas jurídicas, mas aquele positivismo cuja fonte principal para a segurança jurídica era a lei. Neste sentido, expõe o autor:

Sendo assim, o neoconstitucionalismo até pode realmente ter superado o juspositivismo exegético-legalista-formalista-primevo. Nos termos de Barzotto, há apenas uma renovação do positivismo normativista. Há um retorno ao uso da “escolha”, tão referido por Kelsen para justificar as opções dentro da margem discricionária do juiz dada pela moldura de sua teoria. Permanecer nessa quadra – seja pela sensação de impotência do positivismo normativista kelseniano, seja pela intenção moralista do neoconstitucionalismo- é estacar no esquema sujeito-objeto e na filosofia analítica e ignorar toda a hermenêutica filosófica de Gadamer e fenomenologia hermenêutica de Heidegger com suas respectivas contribuições. Ora, discricionariedade e arbitrariedade são irmãs siamesas e nenhuma delas nos leva a um passo adiante na construção de uma sociedade mais igualitária. Com o ativismo, corporalmente ligado a ambas, não poderia ser diferente.

As considerações do autor são no sentido de criar um perigo para o próprio Direito: confundir a autonomia da ciência com interpretações morais. E assim considera (2018, p. 95) “em última escala, Direito é aquilo que os tribunais dizem que é”. Ou seja, o neoconstitucionalismo - para o autor- é um a ideologia fadada ao fracasso porque deixa o conceito de Direito e o próprio jurisdicionado à mercê do julgador, que poderá decidir a partir de critérios universais.

Marcelo Neves (2013, p. 182) chama a atenção para o fato de que uma teoria baseada apenas em princípios pode levar ao favorecimento de “interesses particulares” e, de alguma forma, à supremacia da ilegalidade.

Neste sentido proposto por Neves em sua obra: “entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico” é impossível não trazer a análise sobre o que ocorre no Supremo Tribunal Federal.

Por diversas vezes, questões morais são levadas à Corte e aplicadas pelos 11 Ministros (muitas vezes antagônicas) de forma a causar uma insegurança jurídica. Por esta razão, a dificuldade que se cria é no sentido de estabelecer qual é o limite para as atuações morais do órgão de cúpula do Judiciário, ou seja, quem controla o guardião da Constituição.

Na busca pelo estudo dos limites do Judiciário - como mencionado acima - o Pretório Excelso é o melhor exemplo: neste Tribunal, existem onze teses morais e cada uma delas com seu próprio Supremo, causando um tremendo prejuízo à defesa da Constituição⁷.

Seja como for, adotando ou não o movimento neoconstitucionalista, algo é certo: não há que se falar em ordenamento jurídico sem princípios, pois estes são a bússola para a solução de casos difíceis (*hard cases*). Chama-se de casos difíceis aqueles dos quais não se tem uma solução pré-pronta prevista pela lei, havendo assim, a necessidade do juiz - a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição - dispor de imenso esforço técnico e científico para fundamentar e resolver a questão.

Estes casos têm sido frequentes em todo o mundo, em especial, no Brasil. A proposta napoleônica de um código que contivesse inúmeras disposições que regulassem todo o cotidiano já não encontra mais fundamento nos dias atuais, seja porque o Direito, hoje, é incapaz disto, seja porque a vida moderna se tornou complexa demais para ficarmos restritos à positivação.

E talvez aqui esteja a importância do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional: ajudar o Poder Legislativo na defesa dos direitos fundamentais,

⁷ O Habeas Corpus 124.306, da relatoria do Min. Marco Aurélio foi uma polêmica decisão, sobretudo pelo voto do Min. Luís Roberto Barroso. A questão em debate era acerca da concessão de habeas corpus a uma grávida que cumpria pena. No parágrafo 47 de seu voto, o Min. Barroso não se limitou apenas a votar pela concessão da ordem, mas para regulamentar o aborto até o terceiro mês de gestação, em uma típica decisão ativista e moralista. A terceira Turma do STF chancelou o entendimento fincado no voto do Ministro Barroso.

principalmente quando os Poderes eleitos pela expressão popular se omitem para a supremacia de seus próprios interesses.

2.5 O Constitucionalismo do Futuro

Esta teoria foi idealizada pelo jurista administrativista argentino José Roberto Dromi, como forma de projetar o futuro do constitucionalismo após a fase neoconstitucionalista. A fim de afirmar que as Constituições não são apenas cartas de intenções e que se deve buscar a efetivação de suas propostas, o autor se pergunta o que as constituições futuras devem conter para que carreguem em seu bojo normas eficientes.

Neste diapasão, a proposta do referido autor é dar eficiência aos preceitos constitucionais e esta proposta se torna eloquente quando falamos de um constitucionalismo frágil como é o latino-americano. Rafael de Lazari (2018, p. 61), citando a proposta do administrativista argentino, ensina:

José Roberto Dromi fala em uma concepção eficientista de Constituição, no sentido de que uma Lei Fundamental deve abandonar e eliminar todos aqueles modelos de governo e de controle que dizem respeito a fórmulas arcaicas acerca do manejo de administração, do funcionamento da justiça e das tarefas parlamentares. Também, deve evitar converter o controle em uma simples “peça de museu”, de modo que o controle, como elemento de organização política, não pode se restringir a meras formalidades, devendo a Constituição transformá-lo em uma ferramenta real e efetiva, desenhando um sistema eficaz, integrado, dinâmico e confiável.

Na verdade, a proposta do jurista argentino é de universalizar as tendências das constituições futuras em oito grandes preceitos: a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação da sociedade na política, a integração e a universalização dos direitos fundamentais para todos os povos do mundo.

Por verdade, entende-se pela preocupação do constituinte pela divulgação de promessas factíveis, passíveis de cumprimento. Logo, a Constituição não seria um conjunto de fórmulas vazias, mas com direitos, garantias e políticas públicas que podem ser cumpridas.

Por solidariedade, entende-se pelo espírito fraterno do constitucionalismo do futuro, no sentido de se buscar a integração e unidade dos povos e com as respectivas diferenças.

A ideia de consenso está atrelada a um programa constitucional pensado para o coletivo, buscando integrar a maioria de pessoas possível. No que se refere a

continuidade, parte-se do princípio de que as Constituições futuras devem observar o desenvolvimento de um povo e do próprio país.

Quanto à participação, Dromi parte da ideia de que a tendência mundial é a influência da sociedade na política, a partir da consolidação de valores democráticos e de participação dos cidadãos na política e formação da vontade do Estado, sendo a Constituição do futuro a imagem e semelhança de seu povo.

O baluarte da integração está relacionado à união entre os povos e diferenças de um próprio Estado, havendo um projeto de desenvolvimento comum entre os povos.

Por fim, o último pilar proposto pelo jurista argentino é a universalização, segundo o qual, busca-se a maior amplitude possível a fim de propagação dos direitos fundamentais, sendo assim, a Constituição deve prever o maior número de direitos e consagração de garantias, com o fim de dar maior efetividade aos preceitos constitucionais.

Em síntese, a proposta de José Roberto Dromi consiste em dar efetividade aos preceitos constitucionais propostos e isto tem razão de ser na América Latina, cuja história política e jurídica é marcada pelo caudilhismo e populismos ditatoriais.

Quanto a característica da “universalização” e a realidade latino-americana, deve ela ser entendida como a principal via para a efetivação do chamado constitucionalismo de inclusão. Explica-se: a inclusão social ainda é uma realidade um pouco distante nos países latinos e só há efetivação do princípio da igualdade se houver democracia. Por esta razão, Fernando de Brito Alves explica (2010, p. 63):

A ideia de igualdade teve tratamentos diversos ao longo da história do direito. No constitucionalismo clássico, a igualdade era concebida como meramente formal e abstrata. O paradigma liberal reconheceu direitos individuais, mas ainda permaneceu atrelado a noção formalista do constitucionalismo clássico. Com a inauguração do paradigma social, houve um amplo movimento que procurou sustentar a igualdade em direitos econômicos e sociais, principalmente trabalhistas e previdenciários. Atualmente, a igualdade é concebida como reconhecimento de igual direito de participação em todas as esferas do Estado Democrático, pelo menos no modelo habermasiano.

Rotineiramente, as questões envolvendo minorias são levadas ao Poder Judiciário, seja pela ineficácia das políticas de inclusões, seja pelas omissões legislativas ou ainda pela frágil democracia participativa.

Por esta razão, é necessário entender que a consagração dos valores constitucionais e como consequência a maior valorização da Constituição passaria por

uma mudança na própria estruturação do Supremo Tribunal Federal, sobretudo com a preservação: a valorização de uma competência que é imprescindível à democracia brasileira, a de Corte Constitucional.

O Supremo enquanto Corte Constitucional tem sido importantíssimo para a democracia brasileira. Decisões que não são tomadas pelos Poderes eletivos, fatalmente são levadas à Corte que, para a supremacia da Constituição e dos valores do constitucionalismo, é chamada para solucionar questões relevantes, como a judicialização da política, da saúde; preservação do direito de minorias dentre tantas outras pautas que consagram o protagonismo do Judiciário.

Por fim, mais do que nunca o constitucionalismo impõe um verdadeiro protagonismo da Corte que protege a Constituição. No Brasil, em especial, ficou atribuído ao Supremo Tribunal Federal esta proteção, muito embora o referido tribunal possua outras competências que veremos no próximo capítulo.

2.6 A Herança do Constitucionalismo para a Hermenêutica Constitucional

A palavra hermenêutica faz alusão a Hermes, o deus grego responsável pela interpretação dos comandos de Zeus para os homens.

Neste diapasão, a espécie denominada hermenêutica constitucional é recente, influenciada pelo neoconstitucionalismo e a importância da Constituição para a vida cotidiana.

Até então, acreditava-se que a ciência da interpretação não era aplicada ao Direito Constitucional, mas à Teoria Geral do Direito como um todo. Logo, a existência da ciência da interpretação constitucional consolida uma diferença importante para o ordenamento: interpretar a Constituição não é o mesmo que interpretar a legislação ordinária como um todo; sendo esta a lei mais importante, é necessário instituir especificos para dar legitimidade e força cogente à Carta.

Outra importante distinção consiste no fato de as constituições modernas serem compostas por cláusulas abertas, denominadas de princípios e postulados normativos e também de conceitos políticos, enquanto a legislação infraconstitucional é composta, majoritariamente, de regras que – em sua essência - são mais rígidas e coercitivas.

Desde o início do constitucionalismo, o principal baluarte do movimento foi a busca pela limitação dos poderes do rei e a consagração dos direitos fundamentais.

Com o neoconstitucionalismo, além da supremacia da Constituição (decorrência lógica do movimento como um todo), a norma fundamental deixou de ser uma mera carta de intenções ou política e passou a ter força normativa, jurídica.

Para esta mudança e para a busca da força normativa da Constituição, Peter Haberle (1997, p. 14) chama a atenção para a necessidade da democracia para a existência da interpretação constitucional e, também, para a jurisdição constitucional.

A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (interpretatorische Produktivkräfte); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como préintérpretes (Vorinterpretieren). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional⁸. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Pela lição do citado autor, só há que se falar em interpretação constitucional se houver democracia e consolidando, aquilo que chama o autor, de “sociedade aberta dos intérpretes” da Constituição.

Para Haberle, não é monopólio do Poder Judiciário ou qualquer outro órgão da Administração o dever de interpretar a Constituição, pelo contrário: há a necessidade de abertura interpretativa seja, como exemplo, por audiências públicas⁸ ou outros meios de participação popular.

Neste diapasão, a população é destinatária da Constituição, devendo o povo fazer parte da busca pelo sentido da norma constitucional.

Há que se destacar que norma é a construção de sentido (e não descoberta de sentido), enquanto texto é a aquilo que friamente está escrito. Nesta razão, a Constituição acompanha a noção de passado e futuro, atingindo a complexidade social e visa a pacificação social.

⁸ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal prestigia a noção de sociedade aberta dos intérpretes, proposta por Peter Haberle. Ao realizar audiência públicas para a pesquisa de células tronco, possibilidade de interrupção de gravidez de anencéfalo ou até em questões relacionadas a indígenas, a Corte Constitucional brasileira se vale da participação de inúmeros intérpretes para desvendar o verdadeiro sentido da norma constitucional.

Inocência Mártires Coelho (2011, p. 10) classifica as normas constitucionais como espécies das normas jurídicas:

Pois bem, apesar disso tudo, no que se refere à preconizada especificidade da interpretação constitucional, independentemente do seu reconhecimento por juristas da maior envergadura – entendemos que qualquer discussão sobre o tema deve partir do fato de que as normas constitucionais são espécies do gênero norma jurídica, abstração feita do (nem tanto) caráter iniciante, autônomo e incondicionado das leis fundamentais e de tudo o mais que se apregoe sobre a singularidade de suas normas

Por decorrência lógica, tendo a norma constitucional a natureza de jurídica, é pacífico o entendimento de que os princípios são normas cogentes e sua aplicação é levada aos tribunais.

Ainda nesta linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso (2018, p. 312) propõe a observância de certos preceitos para a moderna interpretação constitucional:

De fato, além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o intérprete constitucional ter em conta considerações relacionadas à separação dos Poderes, aos valores éticos da sociedade e da moralidade política. A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política. Ideias como interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e interpretação programática inserem-se nessa ordem de considerações.

Segundo o autor, a proposta da nova hermenêutica constitucional reside no fato do intérprete não estar restrito aos limites da argumentação jurídica. Noutras palavras, o constitucionalismo foi a válvula propulsora para a busca de uma nova hermenêutica, sobretudo porque agora se ampara na teoria dos princípios e em valores não apenas jurídicos, mas também de ordem ética e moral.

Ainda no que se refere à interpretação constitucional, o constitucionalismo deu às Cortes o dever de interpretar e aplicar questionado acerca da interpretação da norma jurídica, função esta – como propões Haberle - que não pode ser restrita apenas ao tribunal, mas de forma a todo povo a fazer parte desta hermenêutica.

Ocorre que, com a atual competência constitucional, o Supremo não consegue desenvolver amplamente o seu papel de intérprete maior da Carta e nisto reside a necessidade de ter o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro a competência unicamente de intérprete da constituição.

3 O STF ENQUANTO CORTE UNICAMENTE CONSTITUCIONAL

A evolução do constitucionalismo fez com que a Constituição deixasse de ser um documento político de intenções e se tornasse um documento jurídico, sobretudo após as guerras mundiais, o postulado da dignidade da pessoa humana passou a ocupar as páginas das principais constituições democráticas do mundo.

Entendendo-o como princípio, Jaime Domingues Brito ensina (2010, p. 188):

O princípio da dignidade pessoa humana, reconhecido em favor de toda pessoa, independentemente de raça, credo, origem religiosa ou estado de saúde, elevou-se em decorrência das atrocidades praticadas contra milhões de seres humanos pelo Estado totalitário, principalmente durante o regime nazista. De fato, isso restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Na tentativa de conceituar a expressão, Luís Roberto Barroso (2014, p. 14):

A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica. O longo desenvolvimento de compreensão contemporânea de dignidade humana se iniciou com o pensamento clássico e tem como marcos a tradição jurídico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial.

É importante ressaltar, portanto, que só há democracia se a Constituição for edificada a partir da dignidade da pessoa humana e no conseqüente reconhecimento da força normativa do documento constitucional.

Neste sentido, o constitucionalismo é firmado na supremacia da lei - com o Estado de Direito - e a limitação de poderes se tornaram verdadeiras bases para a consolidação da democracia. Além disso, a consagração de direitos fundamentais e do postulado maior - dignidade da pessoa humana - foram importantes conquistas desse movimento político e jurídico.

A expansão cada vez maior da Constituição, a ampliação do rol de direitos e até mesmo a própria complexidade da vida moderna deram uma valorização à atividade interpretativa. A partir da óptica da interpretação, a judicialização se tornou um importante instrumento de efetivação de direitos, seja pelo silêncio da lei - para aqueles casos dos quais não haja previsão - seja pela inércia de outros poderes.

Hoje, a atividade judicial de interpretar tornou-se verdadeira fonte do direito. Fazendo uma comparação com os Estados Unidos da América, Luís Roberto Barroso ensina (2018, p. 46) que “a história do direito constitucional americano é contada pelas decisões judiciais da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (*justices*)”.

Muito embora a história do direito constitucional pátrio não esteja ligada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a referida Corte - nos últimos tempos – tornou-se o principal palco de discussão acerca da efetivação de direitos, ganhando - sem dúvida - uma projeção jurídica e social nunca antes vista.

Temas como judicialização da vida, da saúde, da política ou até mesmo pautas que envolvam grandes operações policiais - como “Operação Lava Jato” ou “Mensalão”- são alguns temas que colocam o Supremo em posição de destaque. Também, uma das principais causas da judicialização e o conseqüente protagonismo do Poder Judiciário, está na própria ausência de efetividade dos direitos por parte dos poderes eleitos pela maioria.

Como exemplo, além de não haver inúmeras políticas públicas, as que existem – muitas vezes- são incapazes de dar efetividade aos direitos sociais. Neste sentido a lição de Valter Foleto Santin (2004, p. 29/30):

Ainda assim a renda pública é insuficiente para atender a todos os gastos do governo, porque a “gastança pública” estaria próxima a 38% do PIB, apesar da prestação de serviços de baixa qualidade e eficiência, diferentemente dos países europeus que fornecem serviços públicos de boa qualidade e assistência social adequada. Joelmir Beting critica a situação de degradação de todos os serviços e imposição ao cidadão de busca por serviços de educação, saúde, previdência e segurança da família na iniciativa privada, em demonstração de uma “carga fiscal sem retorno social”, decorrente de “obra e desgraça de um Estado brasileiro que gasta muito e mal”, sinal de um “desvio moral”, que permite a “impunidade dos bandidos” e o “colapso da segurança pública (tumor maior da corrupção a serviço da violência)”. A situação brasileira é paradoxal, porque o Estado cobra tributo no patamar europeu e fornece serviços no estilo africano. Cobra muito e dá pouco em troca, normalmente com serviços de baixa qualidade. É o padrão “mau e caro”, quando deveria ser “bom e barato” ou no mínimo “caro e suficiente”.

O Estado brasileiro, por sua carga tributária sem retorno social e ausência de efetividade nos gastos públicos, cria verdadeiro colapso social. Logo, num país onde faltam muitas coisas, os direitos e garantias constitucionais tornam-se efetivados pelo caminho do litígio uma vez levados ao Poder Judiciário.

Um dos motivos para a judicialização é a ausência de efetividade de direitos, cabendo ao Judiciário, a partir de critérios hermenêuticos, solucionar conflitos de grande complexidade. Portanto, o juiz contemporâneo é muito mais que um aplicador da lei, acaba sendo também um intérprete e muitas vezes, infelizmente, um gestor público togado.

Todavia a atividade judicial de interpretação do direito trata-se de realidade e deve ser cada vez mais valorizada, principalmente quando falamos de proteção de direitos fundamentais e defesa da Constituição. No entanto, esta luta pela defesa da interpretação judicial é histórica e nasce a partir dos legados da Revolução Francesa e o estudo do papel que a magistratura tinha no Antigo Regime.

Naquela época, nos períodos que antecederam a revolução, os magistrados franceses eram os instrumentos de manutenção da própria monarquia no poder. A falta de certeza e uniformidade na aplicação do direito, a possibilidade de julgamentos tendenciosos com o fim de favorecer determinada parte e como decorrência lógica, a ausência de critérios objetivos para a interpretação, foram motivos que levaram os revolucionários franceses a pensar em uma nova estruturação das próprias instituições.

Nesta direção, Luiz Guilherme Marinoni, ensina (2014, p. 27):

É interessante notar que a ideia de calar o juiz não apenas se funda na necessidade de não permitir qualquer interferência sobre a vontade geral, expressa na lei. Existiam boas razões para não se confiar na magistratura. Os juízes pré-revolucionários exerciam suas funções em nome dos seus interesses pessoais. Mantinham laços espúrios com as classes privilegiadas, especialmente com a classe feudal; os cargos judiciais eram herdados e comprados. Aplicavam ou não aplicavam a lei, elaborando decisões sem fundamento.

Foi a partir desta ideia que os revolucionários franceses criaram o Tribunal de Cassação. Iniciando suas atividades em 1790, o referido tribunal tinha uma única função: impedir a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo; sendo, portanto, um órgão autônomo para o exercício da atividade de cassação. Logo, a nova França - além dos três clássicos Poderes - tinha um “quarto”, cujo propósito era a proteção da lei frente ao arbítrio do Judiciário.

O citado Tribunal de Cassação exercia um juízo negativo (Marinoni, 2014, p. 36), limitando-se a cassar a decisão judicial, não alcançando o mérito da decisão e muito menos a interpretação correta, pois isto era atribuição própria dos magistrados. Logo, cassava-se uma decisão, mas não se decidia e não se adentrava ao mérito. Logo, o

objeto de atuação da Cassação era o julgamento que se contrapunha ao texto de lei e, além disto, o próprio tribunal tinha a função de proteger o Poder Legislativo em face do Judiciário, tendo apenas o primeiro, a função de interpretação da lei, restando ao segundo a mera aplicação.

Em sentido oposto ao da Revolução Francesa está a Revolução Gloriosa, que valorizou o Poder Judiciário e deu aos magistrados o poder de interpretar a lei, criando o direito. Assim, nasce a ideia de precedentes judiciais.

No entanto, na própria França, não demorou muito tempo para se descobrir a inviabilidade de se proibir o juiz de interpretar. O trauma da magistratura monarquista, inimiga da lei, deu espaço a um juiz que deveria solucionar conflitos, mesmo que estes não estivessem expressamente na lei. O próprio Código Civil de 1804 (Código Napoleônico) e sua complexidade inaugurou aquilo que chamamos hoje de princípio da inafastabilidade da jurisdição, onde o juiz é chamado a solucionar todos os casos judicializados, não permitindo alegação de obscuridade da lei.

Sobre este ponto, afirma Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 45):

O Código Napoleônico, além de abolir o *référé* facultativo e impor o dever judicial de interpretação da lei, deu unidade ao direito objetivo, gerando com isso, a natural e óbvia consequência de decisões variadas acerca de uma mesma disposição legal. Contudo, não haveria motivo para dar unidade ao direito objetivo e manter a desordem em relação à sua afirmação judicial, revivendo-se os malefícios da instabilidade e da imprevisibilidade, que tão impiedosamente atingiram o período real francês. Diante disso, o Tribunal de Cassação foi obrigado a exercer uma nova função, compatível com a unificação do direito objetivo e com as consequentes decisões judiciais fundadas em interpretações incorretas, contribuindo para a consolidação da interpretação adequada e, até mesmo, zelando pela uniformidade da interpretação da lei.

Como trabalhado pelo autor, em um primeiro momento, a decisão do Tribunal de Cassação tinha como única função a de anular a decisão dos juízes, sem explicitar os motivos, pois - no princípio - tinha-se a ideia de que tal ato invadiria a competência dos magistrados.

Posteriormente, o referido tribunal passou a explicitar as razões que o levaram à cassação da decisão. Neste diapasão, como salienta Marinoni (2014, p. 47), houve uma mudança na atividade da instituição, não sendo um tribunal que iria “cassar” uma decisão, mas “incorporar” um sentido àquela decisão. Assim, como houve uma mudança de paradigma nas funções do Tribunal de Cassação francês, houve também uma

mudança no Brasil, no que se refere às funções dos tribunais superiores, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o STF e STJ deixaram de ser apenas tribunais recursais, tornando-se tribunais cuja função precípua é a de criação do direito, a partir de casos concretos, dando sentido à interpretação constitucional e infraconstitucional, bem como responsáveis pela uniformização da jurisprudência.

3.1 Outros Países e seus Modelos Políticos

Conforme mencionado no decorrer deste trabalho, a Corte Constitucional tem como atribuição realizar um controle de constitucionalidade repressivo - interferindo na competência de outros poderes para tal - visto que o controle preventivo é realizado pelo poder legislativo no processo de criação das leis, como por exemplo, as atribuições da Comissão de Constituição de Justiça, que embora não tenha força coercitiva em seus pareceres, analisa a compatibilidade da proposta de lei e sua sintonia com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, no Brasil, quem exerce a função de Corte Constitucional é o Supremo Tribunal Federal, que possui outras atribuições, quais sejam: atribuição ordinária e competência recursal, das quais as demandas ocupam a maior parte das atribuições da referida Corte, o que acaba por prejudicar o seu funcionamento.

Outros países adotam o modelo de Corte Constitucional, como no caso da Alemanha que possui modelo de controle de jurisdição concentrada de constitucionalidade, tendo como norte a Teoria Pura do Direito de Kelsen. Segundo Kelsen a função de fiscalização constitucional não possuía natureza judicante, seria por outro lado função constitucional autônoma, visto que cabe a um órgão, a função de legislar de forma negativa, revogando normas que contrariem a Constituição de alguma maneira. Desta forma, a lição de Louis Favoreau é importante (2004, p. 60):

As decisões do Tribunal Constitucional ganharam enorme influência na vida política da República Federal da Alemanha. É difícil encontrar um setor na vida pública que não tenha sido afetado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Não raro, encontra-se o Tribunal no centro de grandes discussões públicas provocadas por uma de suas decisões. Ademais, a influência do *Bundersverfassungsgericht* não se manifesta apenas nas questões a ele submetidas. Já no curso do processo de elaboração das leis procuram os parlamentares orientar-se de acordo com entendimento esposado pelo Tribunal em outras decisões. Essa atitude é apontada, não raras vezes, como uma tendência contrária à inovação. Independentemente das razões determinantes desse fenômeno, sobre as quais não existe consenso, deve-se constatar que o

sistema político da Alemanha, tal como se apresenta hoje, seria impensável sem a presença do *Bundersverfassungsgericht*.

Sendo assim, na Alemanha, o controle de constitucionalidade é realizado de forma concentrada pela Corte Constitucional, chamada *Bundersverfassungsgericht* e funciona de modo que na própria elaboração das leis, os pareceres emitidos por essa corte são utilizados como parâmetro, acabando por fazer parte até mesmo do controle preventivo de constitucionalidade.

É certo que muitos apontam tal modelo como tendência contrária à inovação, como mencionado por Favoreau; todavia, a incidência da insegurança jurídica - presente no sistema brasileiro - é fortemente diminuída pelo referido sistema político.

Outro país que se faz necessário mencionar é a Argentina, que possui sistema *Civil Law* e controle de constitucionalidade difuso com caráter repressivo, ou seja, feito posteriormente. No caso do referido país quem exerce o controle de constitucionalidade é a Corte Suprema de Justiça composta por membros que tenham sido juízes por no mínimo oito anos, nomeados pelo presidente da república e confirmados pela maioria de 2/3 dos senadores.

Todavia todos os procedimentos jurisdicionais estão vinculados à supremacia da Constituição, sendo que a inconstitucionalidade de uma norma pode ser suscitada a qualquer momento por qualquer das partes de um processo, podendo ser declarada por qualquer juiz - obviamente com efeito *inter partes*. Neste sentido, Norbert Losing ensina (2002, p. 2019):

Tanto los demandantes como también los demandados pueden denunciar en cualquier proceso la inconstitucionalidad de una norma, una actuación o una omisión. Si el juez acoge la correspondiente solicitud, podrá declarar la inconstitucionalidad de la correspondiente norma, actuación u omisión y en consecuencia decidir. Esa decisión tendrá entonces efecto *inter partes*. A pesar de esta posibilidad general de control constitucional en Argentina también existen determinados procesos para el cumplimiento de los derechos fundamentales y para la determinación de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de las normas.

Outro país que vale ser destacado por seu sistema misto é o Canadá que apresenta características tanto da *Common Law* quanto da *Civil Law*, por sua vez no referido país, o controle de constitucionalidade é realizado por uma Suprema Corte com juízes nomeados pelo Governador Geral, representante da coroa britânica no país. Trata-se ainda de controle concentrado, realizado posteriormente. Neste diapasão, é importante a lição de Ruan Espínola Ferreira (2000, p. 11):

O Canadá foi a primeira experiência de adoção do modelo dialógico de jurisdição constitucional, pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que formou a primeira parte da Constituição de 1982. A Carta foi essencial para que o Canadá pudesse se ver desvinculado da legislação inglesa, negociado pelo primeiro ministro Pierre Trudeau, o qual almejava uma Constituição assemelhada ao modelo americano. Nessa solução conciliatória, deve-se destacar que o corpo da Constituição canadense de 1982 se assemelha com a Constituição americana nos seguintes pontos: trata-se de lei suprema, em que qualquer outra lei com ela divergente não deverá prosperar; é uma carta petrificada, de modo que necessita de disposições diferenciadas para a sua modificação no que se refere às Seções 38 a 49 da Carta; é concedido aos tribunais o poder de exercer o *judicial review*.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 213), apesar da existência da Corte Constitucional no sistema canadense, este, ainda é muito criticado devido à supremacia do parlamento, ou seja, embora a Corte possa emitir o parecer de que determinada norma é inconstitucional, o poder legislativo pode derrubar o parecer, promulgar a lei declarada inconstitucional e imunizá-la provisoriamente contra decisões judiciais, tornando a discussão ineficaz, tal fenômeno é chamado de *legislative override*.

Outros países como Colômbia e Equador, ambos mistos onde o controle é realizado tanto de forma preventiva como repressiva, possuem Cortes Constitucionais, sendo elas Corte Constitucional e Tribunal Constitucional respectivamente.

Nesse sentido, o que ambos os países têm em comum, independentemente do sistema jurídico adotado, é a existência de Cortes Constitucionais especializadas na realização do controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado.

De fato no Brasil, como outros países que seguem o sistema da *Civil Law*, a função de Corte Constitucional é exercida pelo Supremo Tribunal Federal que, contudo, possui outras atribuições que acabam por prejudicar a principal função desta corte: exercer o controle de constitucionalidade sobre as leis que não encontram conformidade com a Constituição.

3.2 A Jurisdição Constitucional e sua Amplitude

A expansão da jurisdição constitucional é um fenômeno que ocorre em todo mundo. Por diversas vezes, as Cortes Constitucionais são chamadas a resolverem casos difíceis fundamentados nas respectivas Constituições, cuja roupagem de fundo é a proteção da dignidade humana.

Como exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos - no caso *Lawrence x Texas*, no ano de 2003 - que superou o precedente judicial firmado em 1986 no caso

Bowers x Hardwick⁹ e possibilitou o casamento de pessoas do mesmo sexo, contrariando as posições severas das leis estaduais texanas.

No Canadá, a Suprema Corte foi a responsável - no caso Rodriguez x British Columbia¹⁰ - pela declaração de constitucionalidade de dispositivo de lei penal que criminalizava o suicídio assistido.

No Brasil não é diferente, diversas lides, com fundamento jurídico na Constituição, foram e são levadas ao Supremo Tribunal Federal quando - na verdade - deveriam ser discutidas pelos poderes eleitos pela maioria; sem dizer aquelas que, pelo controle difuso, são levadas aos juízes e tribunais de diversas instâncias pelo Brasil a fora.

Como exemplo, temos o clássico julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4277 (ADI 4277), que em conjunto com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, possibilitou o casamento de pessoas do mesmo sexo. Este caso é um típico exemplo do papel desempenhado pela jurisdição constitucional brasileira.

Os casos mencionados acima possuem uma relação em comum: a omissão dos outros Poderes diante da norma positivada, restando ao Poder Judiciário solucionar o problema, muito embora seja nítida a ideia de que o Legislativo seria o palco legítimo para estas discussões. Por esta razão, a lição de José Luís Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento (2010, p. 70/71) é pertinente:

Neste sentido, retomando a especificidade do debate em torno do tema que move e caracteriza este trabalho, é importante a busca pela democratização da jurisdição constitucional, construindo-se um saber que seja apto a promover a sua reconfiguração, adequando-a às circunstâncias e necessidades do seu, do nosso, tempo onde esta se caracteriza, fundamentalmente, pela atuação do Poder Judiciário na efetivação da Constituição, seja pela necessidade de atribuição de sentido ao seu texto, seja ante a insuficiência das práticas políticas tradicionais para pôr em ação os seus conteúdos (...). Enquanto a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento e da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.

Assim, a jurisdição constitucional é uma das principais conquistas do Estado Democrático de Direito, bem como a supremacia da Constituição, a existência de direitos fundamentais e a limitação e tripartição de poderes, justificando sua atuação

⁹ Extreme Makeover. The story behind the story of Lawrence v. Texas.. Dahlia Lithwick, março, 2012. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2012/03/12/extreme-makeover-dahlia-lithwick>. Acesso em 6 de setembro de 2018

¹⁰ Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 SCR 519. Disponível em: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/108-1993-09-30-rodriguez>. Acesso em 6 de setembro de 2018

quando, nas palavras do autor, os ditames constitucionais não foram efetivados pelos meios políticos tradicionais, principalmente quando se fala em efetivação de direitos fundamentais.

Hans Kelsen (2003, p. 182) ensina que a jurisdição constitucional desempenha uma importante função para o federalismo, pois a consagração da política e do jogo democrático tem como palco o tribunal constitucional:

(...)certamente no estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a ideia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional.

Flávia Piovesan (2012, p. 388), por sua vez, tece algumas considerações acerca das funções estatais. Quanto ao Poder Legislativo, trata-se de sua função elaborar normas que atendam o objetivo de proteção aos direitos humanos.

O Poder Executivo é o que mais viola tais direitos, deixando a desejar no cumprimento e observação dos programas que tenham intuito de incentivar a proteção dos referidos direitos, apesar de elaborá-los.

Por fim, quanto ao Poder Judiciário, destaca-se o importante papel que representa para a sociedade ao reconhecer e efetivar os direitos fundamentais, coagindo, através da sua força vinculante o Executivo para que cumpra as obrigações constitucionais e internacionais as quais está adstrito.

No que se refere à atuação da jurisdição constitucional e à possibilidade de intervenção do judiciário na seara dos poderes eleitos pela maioria, Flávia Piovesan (2012, p. 388) tece suas considerações:

O princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso significa que esse princípio investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Todos os direitos fundamentais – entenda-se tanto os civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais – passam, assim, a dispor de força jurídica vinculante.

A eficácia e aplicabilidade imediata descrita no artigo 5, §1º impõe uma conduta ativa dos Poderes da República para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Por esta razão, a jurisdição constitucional tem o papel complementar de

efetivação destes direitos.

No entanto, pode surgir o seguinte questionamento: qual seria, de forma pragmática, o conceito de jurisdição constitucional? Para responder a esta pergunta, a lição de José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 21):

Jurisdição, como é sabido desde a teoria geral do processo, é uma das maiores manifestações da soberania de um Estado. Através dela, ele, Estado, conhece de forma neutra (Frishmann), os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara, em seu nome e não em nome das partes, o direito aplicável ao caso, podendo executar o *decisium*, se provocado, na persistência de uma “lide insatisfeita”.

Na tentativa de conceituar o instituto, o citado autor continua (2002, p. 23):

A conciliação de critérios formais e materiais, a nosso ver, pode ser conseguida com a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da Constituição, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

Como bem colocado, a jurisdição constitucional pode ser efetivada por um órgão superior pertencente ao Poder Judiciário (Alemanha, Estados Unidos) ou ainda, como órgão não pertencente ao referido Poder, como por exemplo, a França, com seu famoso Conselho Constitucional.

É importante destacar que a jurisdição ordinária é aquela exercida pelos juízes e tribunais de todo país, já a jurisdição constitucional é aquela exercida por um tribunal específico.

Desde o caso *Madison x Mabury*, precedente firmado na Suprema Corte americana em 1803, ficou estabelecido que qualquer juiz seria competente para defender a constituição, inaugurando o controle difuso de constitucionalidade.

Por outro lado, a realidade constitucional brasileira se tornou mais complicada, pois, ao adotar o controle misto de constitucionalidade, tornou amplamente possível a superação do déficit da democracia e baixa participação política pela atividade jurisdicional, transformando o juiz em um verdadeiro gestor democrático que não fora eleito para tanto.

Este é um grande problema que faz com que as instituições democráticas vivam em constante tensão. Com precisão, menciona Ednilson Donisete Machado (2012, p. 142):

Não se quer com isso afirmar que o Judiciário é a “boca da lei” somente, de forma alguma. Na verdade, a sua função é muito nobre e essencial na atualidade, em que promove a aplicação do direito estabelecido pelas normas constitucionais. Mas quer-se afirmar que sua função está em promover o controle de constitucionalidade, enquanto guardião da jurisdição constitucional e jamais em substituir o governo e o legislador.

A existência do chamado “constitucionalismo.com” e o uso da internet como canal de efetivação dos valores democráticos é uma saída importante para a jovem democracia brasileira. Por esta razão, o Judiciário não pode ser palco de discussões políticas.

Infelizmente, enquanto a realidade de efetivação da democracia e as questões políticas forem tomadas pelos caminhos dos Poderes eletivos, o judiciário como um todo e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, terão suas pautas preenchidas por estas questões.

Seja como for, é nítido - no que se refere ao Supremo - que este órgão que era pra ser a cúpula do Judiciário tornou-se verdadeiro monstro jurídico, com diversas competências, o que torna necessária uma reforma constitucional para solução dos problemas.

3.3 O Supremo Tribunal Federal e suas Competências

Conforme o artigo 101 da Constituição, o referido tribunal é composto por 11 ministros que devem possuir de 35 a 65 anos de idade, bem como, serem detentores de notório saber jurídico e reputação ilibada.

Preenchendo estes requisitos, a nomeação - conforme o parágrafo único do mesmo artigo - deverá ser feita pelo Presidente da República e depois sabatinada pelo Senado Federal, sendo aprovada com maioria absoluta dos votos na casa parlamentar.

Desde a Constituição de 1891, o Supremo Tribunal Federal tem a atribuição constitucional de ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O sistema constitucional brasileiro é um misto de dois grandes sistemas e isto tem reflexos na própria competência do Supremo.

De herança norte-americana, temos em nosso ordenamento o controle difuso de constitucionalidade, onde se dá a qualquer juiz, em um caso concreto e com decisão *inter-partes*, o poder de proteger a Constituição, em um caso concreto. Também, nosso sistema valeu-se do modelo austríaco de constitucionalidade, dando a um único órgão a competência de proteção da Constituição.

Este modelo concentra a defesa da Constituição em uma Corte ou Sala Constitucional. Em nosso direito, o controle concentrado é exercido somente pelo Supremo Tribunal Federal, tendo a decisão efeito “*erga-omnes*” (para todos); podendo apenas os legitimados descritos no rol do art. 103 provocarem o Supremo, a partir de ações constitucionais próprias, como a ADI, ADECON, ADPF.

O sistema brasileiro, portanto, tentou conciliar o modelo constitucional austríaco com o norte-americano, criando espécie de modelo misto que - segundo Dalmo de Abreu Dallari (2007, p. 113) - fez do Supremo Tribunal Federal uma “imperfeição na cúpula do Judiciário”.

No que se refere às suas competências, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro está extremamente abarrotado, sendo a quantidade de ministros totalmente desproporcional à quantidade de demandas, sobretudo em um tribunal com jurisdição em todo território nacional. Neste sentido, são importantes os números trazidos por Oscar Vilhena Vieira (2004, p. 221):

O primeiro sinal dessa crise pode ser detectada pelo incrível crescimento de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal (...). A grande maioria desses casos encontram-se dentro da competência recursal do Supremo Tribunal Federal. De 1991 para cá, os recursos extraordinários e agravos de instrumento têm constituído mais de 90 % dos processos recebidos pelo tribunal. No ano de 2001, 98,2% dos processos encontram-se nessa categoria. O que mais surpreende, no entanto, é que nesse mesmo ano de 2001, os agravos de instrumento constituem, sozinhos, 70% das causas apreciadas pelo Supremo, ou seja, em 70% dos processos o que se discute é se deve ou não o Tribunal analisar as questões a ele submetidas

Existem três grandes diagnósticos: a baixa quantidade de ministros (ao todo 11), a imensidão de processos de competência do Supremo Tribunal Federal e a imensidão de recursos que podem ser levados ao órgão de cúpula do Judiciário.

No que se refere ao primeiro diagnóstico é importante destacar que esta quantidade de ministros é tradicional, sendo que desde 1891 e, pela atual disposição constitucional, três ministros do Supremo ocupam vaga no Tribunal Superior Eleitoral.

Logo, a solução do problema a princípio, seria aumentar o número de cadeiras no Supremo Tribunal Federal. No entanto, esta primeira premissa iria em sentido oposto ao de vários países que valorizam muito a atuação das respectivas Cortes. Em Portugal, por exemplo, a Corte Constitucional é composta por 13 juízes com mandatos de nove anos.

Na Alemanha, a quantidade de juízes da Suprema Corte é um pouco maior comparada à brasileira, somando um total de 16. No Canadá, a quantidade de juízes é de 9, tendo a mesma quantidade a França, com seu famoso Conselho Constitucional. Na Espanha, o número de juízes é de 12 e na Itália de 15 membros.

Encabeçada pelo senador Fernando Collor de Melo, a proposta de emenda constitucional nº 3/2013 tem como uma das motivações, aumentar o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para 15(quinze) membros, de forma a dar maior suporte jurídico frente a grande quantidade de processos. Neste sentido, destacamos a motivação do projeto que, além de mudar o número de ministros, altera a idade de nomeação e idade de aposentadoria (2013, s/p)¹¹:

Ementa: Altera a Constituição para determinar novo procedimento de composição do Supremo Tribunal Federal e alterar a idade de aposentadoria compulsória.

Explicação da Ementa

Dá nova redação aos arts. 93 e 101 da Constituição Federal para: a) estabelecer a aposentadoria voluntária aos 70 e a compulsória aos 75 anos de idade para os juízes; e b) alterar a composição do Supremo Tribunal Federal, de onze para quinze Ministros, aumentada a idade de ingresso de 35 para 45 anos, nomeados pelo Presidente da República para mandato de 15 anos, a partir de lista quádrupla formada por um indicado pelos Tribunais Superiores, um pelo Conselho Nacional de Justiça, um pelo Conselho Nacional do Ministério Público e um pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, depois de aprovação por dois terços do Senado Federal, vedada a inscrição na referida lista a quem, nos 4 anos anteriores, tenha ocupado cargo de Ministro de Estado, Presidente de agência reguladora ou Advogado-Geral da União ou mandato eletivo no Congresso Nacional, ou tenha sido condenado por órgão colegiado.

Muito embora exista a tramitação deste projeto, acredita-se que a quantidade de ministros da Suprema Corte é o menor dos problemas e seu aumento não resolverá os problemas relacionados à grande quantidade de litígios.

Um importante estudo é o elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, intitulado de “O STF em números”. Coordenado por Joaquim Falcão, Pablo de Camargo

¹¹ Proposta de Emenda à Constituição nº 3, de 2013. Senado Federal, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/110840>.

Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes, a 1ª Edição do material - chamada de “Múltiplo Supremo - analisa o perfil da Suprema Corte brasileira entre os anos de 1988 a 2009, obtendo os seguintes dados (2011, p. 11)¹²

Composto de um banco de dados com mais de 1,2 milhão de processos — sendo 1.132.850 já julgados e 89.252 ainda ativos, quase 14 milhões de andamentos, 240 mil advogados, 1 milhão de partes e mais de 370 mil decisões, desde 1988 até os dias de hoje, o Supremo em Números permitirá uma análise diferenciada do papel do Poder Judiciário no estado democrático de direito brasileiro, assim como também nos permitirá conhecer melhor o funcionamento interno deste poder.

Os números assustam: em um lapso temporal de 21 (vinte e um) anos, a Corte julgou cerca de 1,2 milhões de processos. Se fizermos uma conta simples e considerarmos um dado hipotético onde o Supremo Tribunal Federal trabalhou os 365 dias durante 21 anos, chegasse ao número de 7.665 processos/ano. Assim, se pegar o número de 1.2 milhões de processos e dividirmos por 7.665, chegasse ao valor de 156.55 processos.

Noutras palavras, ao considerar a situação hipotética de que os ministros - durante o intervalo de 1988 a 2009 não tiveram férias, recesso e nem feriados - o que seria humanamente impossível - teremos a marca de aproximadamente 156 processos julgados por dia pelos onze magistrados, sendo aproximadamente 14 processos para cada gabinete.

Os números assustam, mas refletem a realidade na qual o Supremo foi inserido, uma vez que o direito brasileiro tem um triste dogma de confundir competência com poder, no sentido de afirmar que quanto mais competente for um juiz, mais poder ele terá; quando - na verdade - o maior grau de competência está atrelado a uma menor especialização e, portanto, uma menor prestação jurisdicional.

Dentre as atribuições, o Supremo possui as seguintes competências: de tribunal constitucional, instância recursal, juízo originário, em alguns casos, é o órgão unificador de jurisprudência e, após a emenda constitucional nº45, passou a ser o órgão competente para processar e julgar ações que envolvem o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

¹² Relatórios. Supremo em números. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>, acesso em 23 de agosto de 2018

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 inovou ao criar o Superior Tribunal de Justiça, tribunal responsável por ser o guardião do direito federal infraconstitucional. A criação do STJ foi de suma importância, pois desafogou as competências do STF e possibilitou uma melhor prestação jurisdicional.

No entanto, mesmo com a criação do “Tribunal da Cidadania” não foi o suficiente para desafogar a enxurrada de processos que são levados rotineiramente a Suprema Corte. Para isto, melhor seria se o Supremo tivesse apenas a competência de Corte Constitucional, responsável pela guarda da Constituição. Neste ponto, Dalmo de Abreu Dallari faz ponderações (2010, p. 113/114):

Ao ser elaborada a atual Constituição, foi proposta à Assembleia Nacional Constituinte a criação de um Tribunal Constitucional, o que tornaria possível um tratamento muito mais eficiente do controle da constitucionalidade das leis e dos atos de autoridades públicas, bem como a promoção da responsabilidade dos que praticassem atos contrários à Constituição. Entretanto, por entender que assim perderia sua principal atribuição e, em consequência, grande parte do prestígio do que goza desde sua instituição, desde 1891, o Supremo Tribunal Federal fez oposição cerrada a essa ideia e atuou intensamente junto aos constituintes, conseguindo, assim, impedir a criação daquele tribunal (...). Desse modo, manteve sua condição de tribunal constitucional, mas tal competência ficou sendo apenas mais uma entre as várias que a Constituição lhe outorgou.

A partir da redação original da Constituição, o Supremo Tribunal Federal possui uma competência dúplice: de tribunal recursal, como função típica; sendo a Corte, a última instância de defesa dos preceitos constitucionais. Nesta função trivial, deve o Supremo ser o responsável pela uniformização da jurisprudência. Também, conforme mencionado, o papel de Corte Constitucional, onde – a partir da jurisdição constitucional - o Supremo defende a Constituição, fazendo o controle de constitucionalidade em abstrato e o dever de defesa dos direitos fundamentais.

Este modelo dúplice já existia antes de 1988, mas a Constituição de 1988 expandiu o rol de legitimados e de ações constitucionais, o que deu ao Supremo uma maior sobrecarga de trabalho e tornou este tribunal um palco amplo de judicializações.

Além desta competência dúplice, podem chegar ao Supremo três grandes tipos de processos: constitucionais, recursais e processos ordinários.

No que se refere ao número de ações que podem chegar ao Supremo, conforme consta no anexo I deste trabalho, existem 52 instrumentos que passam pelas três grandes competências do Supremo.

Neste diagnóstico preliminar, segundo os apontamentos do “I Relatório Supremo em Números: Múltiplos Tribunais” (2009, p. 21), o papel de instância recursal é o que mais exige da Corte suprema brasileira, chegando a estes números:

1. Corte Constitucional, com 6.199 processos (0,51%) da atribuição da Corte.
2. Atribuição Ordinária, com 95.306 (7,80%) da atribuição da Corte
3. Instância recursal, com 1.120.597 (91,69%) da atribuição da Corte.

A partir destes dados, nota-se que se o STF tivesse apenas atribuição de Corte Constitucional, esta - no ano de 2009 - resultaria na quantia de 6.199 processos. Ou seja, teria uma diminuição drástica no número de demanda.

Os números adquiridos no relatório demonstram que a instância recursal exige mais de 90% do trabalho do Supremo Tribunal Federal e isto leva a Corte a um verdadeiro colapso. Um dos fatores que levam a este grande número de demandas é a grande quantidade de instrumentos para se chegar ao Supremo, o que corrobora para uma imensidão de recursos na referida Corte.

Também, pelo fato de estar a Constituição brasileira classificada como formal, tendo nela conteúdo materialmente e não materialmente constitucional, corrobora para a judicialização com fundamento na própria Constituição.

Acerca destes números, Dalmo de Abreu Dallari alerta (2010, p. 115):

A diferença de situações decorre de vários fatores. Em primeiro lugar, o excesso de processualismo que caracteriza o sistema brasileiro contribui para o exagerado número de recursos aos tribunais superiores. A par disso, as autoridades brasileiras, tradicionalmente, respeitam pouco a Constituição e as leis, ensejando maior número de ações judiciais contra órgãos públicos. Além disso, há o excesso de competências do Supremo Tribunal Federal, por culpa dele próprio, que interpretou “mais competências” como sinônimo de “maior autoridade.

Além dos números apresentados, no mesmo relatório (“I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo” (2011, p. 68)) detecta-se que os grandes clientes do STF Recursal possuem natureza pública e advêm do Poder Executivo Federal, tais litigantes são:

ID	PARTE	PROCES- SOS	% DE PROCES- SOS	% DE ACU- MULADO DE PRO- CESSOS	PROCES- SOS NO POLO ATIVO	TAXA DE LITI- GÂNCIA ATIVA	TAXA MÍNI- MA DE DERRO- TAS NO POLO ATIVO
1	Caixa Econômica Federal (CEF)	211.420	18,87%	18,87%	206.675	97,76%	53,11%
2	União	184.629	16,48%	35,34%	126.677	68,61%	52,86%
3	Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)	166.653	14,87%	50,21%	125.351	75,22%	43,55%
4	Estado de São Paulo	47.771	4,26%	54,48%	22.983	48,11%	57,87%
5	Banco Central do Brasil	26.429	2,36%	56,84%	24.984	94,53%	62,74%
6	Estado do Rio Grande do Sul	23.432	2,09%	58,93%	13.329	56,88%	58,02%
7	Município de São Paulo	22.391	2,00%	60,93%	16.438	73,41%	62,47%
8	Telemar Norte Leste S/A	14.765	1,32%	62,24%	14.143	95,79%	61,46%
9	Banco do Brasil S/A	12.579	1,12%	63,37%	8.650	68,77%	50,43
10	Estado de Minas Gerais	12.428	1,11%	64,47	6.723	54,10%	46,76%
11	Instituto de previdência do Estado do Rio Grande do Sul (Ipergs)	10.724	0,96%	65,43%	3.486	32,51%	55,82%
12	Distrito Federal	10.366	0,93%	66,36%	5.686	54,84%	65,81%

Na tentativa de frear estes altos índices, o legislador tentou se valer de freios para buscar a subida de recursos para tribunais superiores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Além da formalidade procedimental do sistema brasileiro, surgiram também as chamadas “jurisprudências defensivas”, que - em uma simples definição - seriam o apego formal e excessivo dos tribunais em não conhecer um determinado recurso devido à formalidade, buscando com isto, armadilhas formais para impedir a subida de recursos.

Por esta razão, o alto custo de um processo nos tribunais superiores, o excesso de demandas – sobretudo no Supremo Tribunal Federal - o apego ao formalismo no processo brasileiro e a consequente demora para o conhecimento de recursos e o posterior julgamento de mérito são questões que, fatalmente, inviabilizam o acesso à justiça, principalmente quando a lide envolve minorias ou até mesmo hipossuficientes.

Nesta feita, no ano de 2.016 temos o quadro de julgamentos colegiados divididos por classes processuais¹³:

Classe	Quantidade			
	Plenário	Primeira Turma	Segunda Turma	Total
AC- Ação Cautelar	5	9	11	25
ACO – Ação Cível Originária	59	31	5	95
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade	2	0	0	2
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade	100	0	0	100
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	3	0	0	3
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	15	0	0	15
AI – Agravo de Instrumento	101	162	96	359
AImp – Arguição de Impedimento	2	0	0	2
AO – Ação Originária	2	18	6	26
AP – Ação Penal	7	14	24	45
AR – Ação Rescisória	57	4	0	61
ARE – Recurso Extraordinário com Agravo	2.602	3.434	2.497	8.533
CC – Conflito de Competência	3	0	0	3
EP – Execução Penal	3	0	0	3
Ext – Extradicação	2	31	26	59
HC – Habeas Corpus	43	582	508	1.133
Inq – Inquérito	5	13	26	44
MI – Mandado de Injunção	25	0	0	25
MS – Mandado de Segurança	72	186	326	584
Pet – Petição	7	12	16	35

¹³ Disponível em: http://stf.jus.br/relatorio2016/assets/images/Relatorio_STF_2016.pdf. Acesso em: 17. Set. 2.018.

PPE – Prisão Preventiva para Extradicação	0	1	0	1
PSV – Proposta de Súmula Vinculante	4	0	0	4
RC – Recurso Crime	1	0	0	1
Rcl – Reclamação	10	584	290	884
RE – Recurso Extraordinário	206	1.127	810	2.143
RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus	0	56	104	160
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança	0	50	43	93
RvC – Revisão Criminal	1	0	0	1
SL – Suspensão de Liminar	7	0	0	7
SS – Suspensão de Segurança	25	0	0	25
STA – Suspensão de Tutela Antecipada	6	0	0	6
Total	3.375	6.314	4.788	14.477

Outrossim, no ano de 2.016 foram recebidos 90.331 processos, sendo para cada Ministro a média de 5. 737 processos levando em conta que apenas 57.369 deles foram devidamente distribuídos. Dos referidos processos, 30.083 foram registrados à Presidência; diferença esta que se dá devido a situações de processos recebidos que ainda não foram registrados ou distribuídos; duplicações para registro de fidedignidade; inconformidade para tramitação.

Por outro lado, há uma queda significativa no número de processos se for analisada apenas a competência da Corte Constitucional, restando apenas o número de 219 ações típicas do controle concentrado. Assim, têm-se os processos recebidos, distribuídos e registrados à Presidência no ano de 2.016¹⁴:

	Ano				
	2012	2013	2014	2015	2016
Recebimento	73.464	72.066	79.943	93.477	90.331
Distribuição	46.392	44.170	57.799	65.091	57.369

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. Relatório de Atividades de 2016. Disponível em: http://stf.jus.br/relatorio2016/assets/images/Relatorio_STF_2016.pdf. Acesso em 17. Set. 2018.

Registrados à Presidência*	12.498	13.667	12.600	25.029	30.083
% Distribuído/Recebido	63,15%	61,29%	72,30%	69,63%	63,51%
% Registrado/Recebido	17,01%	18,96%	15,76% ^x	26,78%	33,30%
Média de distribuição por Ministro/Ano	4.639	4.417	5.780	6.509	5.737

É interessante demonstrar a evolução da propositura dos referidos processos conforme os anos se passam, para tal tem-se o relatório obtido no livro Supremo em Ação (2018, p. 26):

Classe	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017
ARE – Recurso Extraordinário com Agravo	51.079	57.192	65.020	63.937	66.696
RE – Recurso Extraordinário	9.059	11.125	14.310	10.963	15.169
HC – Habeas corpus	3.595	4.483	5.584	6.491	11.327
Rcl – Reclamação	1.894	2.375	3.273	3.283	3.326
AI – Agravo de Instrumento	2.146	1.650	1.983	2.266	1.726
RHC – Recurso Ordinário em Habeas corpus	847	703	501	0	952
MS – Mandado de Segurança	584	570	439	461	729
Pet – Petição	110	115	595	447	718
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade	189	112	230	194	237
Inq – Inquérito	229	112	252	136	233
AO – Ação Originária	94	109	70	80	202
MI – Mandado de Injunção	830	340	102	92	176
RMS – Recurso Ord. em Mandado de Segurança	265	116	114	133	148
ACO – Ação Cível Originária	220	283	208	168	123
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	34	15	48	59	68
SL – Suspensão de Liminar	84	90	112	122	54
SS – Suspensão de Segurança	133	122	105	60	51
AR – Ação Rescisória	39	45	56	105	45
AC – Ação Cautelar	236	227	277	165	44
CC – Conflito de Competência	77	41	35	23	41
Ext – Extradicação	32	42	47	46	34
Ext – Extradicação	32	42	47	46	34

PPE – Prisão Preventiva para Extradicação	14	29	35	33	29
AP – Ação Pena	164	37	69	26	25
STA – Suspensão de Tutela Antecipada	53	36	44	30	16
RvC – Revisão Criminal	2	9	7	6	14
AImp – Arguição de Impedimento	7	2	6	10	13
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	4	3	7	1	9
AS – Arguição de Suspeição	7	5	9	1	7
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade	0	2	6	6	6
PSV – Proposta de Súmula Vinculante	25	3	7	4	5
EI – Exceção de Incompetência	8	0	0	1	2
AOE – Ação Originária Especial	3	7	7	2	1
IF – Intervenção Federal	1	5	1	1	1
HD – Habeas Data	2	2	1	3	0
Cm – Comunicação	10	17	2	2	0
EP – Execução Penal	21	3	0	1	0
RC – Recurso Crime	0	1	0	1	0
OACO – Oposição em Ação Civil Originária	0	1	0	0	0
EL – Exceção de Litispendência	0	0	0	0	0
ES – Exceção de Suspeição	0	0	0	0	0
RHD – Recurso Ordinário em Habeas Data	0	0	0	0	0
RMI – Recurso Ordinário em Mandado de Injunção	0	0	0	0	0
Total	72.097	80.029	93.562	89.973	102.227

Dessa forma, se o Supremo exercesse apenas as atribuições de uma autêntica Corte Constitucional, seriam de sua alçada apenas as ações grifadas no gráfico apresentado acima, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) - por meio das quais seria exercido o controle de constitucionalidade concentrado - e Recurso Extraordinário (EXT) – por meio do qual seria exercido o controle de constitucionalidade difuso.

Outrossim, outro motivo que leva ao abarrotamento de processos no STF é o excesso de recursos disponíveis para atacar determinadas decisões, tem-se que até o dia 14 de setembro do ano de 2018¹⁵, a referida corte julgou ao todo os seguintes processos:

CLASSE	Recebidos	Distribuídos	Julgamentos
AC	12	11	151
ACO	76	64	275
ADC	7	7	32
ADI	142	142	547
ADO	4	4	5
ADPF	34	34	84
AI	174	118	695
AImp	2		8
AO	43	41	144
AOE			2
AP	9	9	127
AR	71	71	150
ARE	47.808	21.400	54.651
AS	2		7
CC	16	15	20
Cm	1		
EP			6
Ext	22	22	61
HC	9.506	6.823	11.487
HD	1	1	1
IF	2		19
Inq	35	32	523
MI	171	170	424
MS	441	440	1.203
Pet	288	224	425
PPE	20	20	26
PSV	5		2
Rcl	2.382	2.355	3.572
RE	9.952	7.175	13.194
RHC	634	629	964
RMS	75	73	192
RvC	2	2	7
SIRDR	3		
SL	38		87
SS	35		73
STA	2		34
STP	91		30
TPA	4	4	4
Soma:	72.110	39.886	89.232

¹⁵ Estatísticas do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso em 14 de setembro de 2018.

No mesmo sentido, vale ressaltar a tabela dos processos na Suprema Corte, divididos conforme o ramo do direito a que pertencem:¹⁶

Ramo do Direito	Qtd Processo	%
DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	24.432	33,88%
DIREITO CIVIL	5.196	7,21%
DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	74	0,10%
DIREITO DO CONSUMIDOR	3.256	4,52%
DIREITO DO TRABALHO	1.747	2,42%
DIREITO ELEITORAL	102	0,14%
DIREITO ELEITORAL E PROCESSO ELEITORAL	21	0,03%
DIREITO INTERNACIONAL	51	0,07%
DIREITO MARÍTIMO	1	0,00%
DIREITO PENAL	4.734	6,56%
DIREITO PENAL MILITAR	70	0,10%
DIREITO PREVIDENCIÁRIO	9.521	13,20%
DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	5.075	7,04%
DIREITO PROCESSUAL PENAL	10.184	14,12%
DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR	73	0,10%
DIREITO TRIBUTÁRIO	7.150	9,92%
SEGURANÇA PÚBLICA	1	0,00%
Soma:	72.110	100%

Dessa forma, por óbvio, a Corte Suprema ficaria livre do abarrotamento de processos que tanto prejudica a celeridade processual, bem como, otimizaria o acesso à justiça daqueles que realmente necessitam do provimento jurisdicional, visto que somente chegariam à referida Corte processos contendo casos de reais violações à Lei Suprema, evitando que casos de mero interesse individual ou de interesses atinentes a pequenos grupos alcançassem sua alçada.

3.4 Da Competência Recursal: o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Uma das funções atribuídas ao Supremo Tribunal Federal é a competência recursal, da qual - conforme mencionado no capítulo anterior - ocupa a maior parte das demandas apresentadas à referida Corte.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Estatísticas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>. Acesso em 14 de setembro de 2018

Ocorre que o sistema jurídico brasileiro permite uma infinidade de recursos de diversas naturezas, acabando por apresentar quatro instâncias para julgamento de decisões: a instância ordinária composta pelos juízes de primeiro grau; a segunda instância que avalia a decisão do juízo *a quo* composta pelos Tribunais; a terceira instância que avalia as decisões já conferidas pelos Tribunais composta pelos Tribunais Superiores e a quarta instância composta pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse viés tem-se o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Constituição Federal de forma implícita, ou seja, ao disciplinar a formação do Poder Judiciário como órgão hierarquizado - prevendo diversos órgãos sendo uns superiores aos outros - a Constituição consagra o referido princípio.

Isso se dá devido ao fato de que o citado princípio se concretiza com o reexame por um órgão superior de uma decisão proferida por órgão hierarquicamente inferior.

Não podemos deixar de mencionar, contudo, a existência do duplo grau de jurisdição horizontal que seria a possibilidade de reexame de uma decisão por um órgão de mesma hierarquia, mas de composição diversa, como ocorre nos Juizados Especiais e Colégios Recursais.

Insta salientar o conceito do referido princípio que segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 74), trata-se da possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau, garantindo um novo julgamento por parte de um órgão de segundo grau.

Existem, contudo na história, fortes opositores ao duplo grau de jurisdição, desde a Assembleia Nacional Constituinte, ocorrida após a Revolução Francesa, visto que aqueles viam no duplo grau uma forma de os juízes superiores exercerem poder de mando diante dos inferiores, o que fez com que o ato constitucional de 24 de junho de 1973 estabelecesse que as decisões de natureza cível seriam definitivas, ou seja, sem cabimento de recurso de qualquer espécie.

De acordo com a lição de Nelson Nery Jr (1997, p. 36), tal fato somente fora modificado pela Constituição Francesa de 1795 que determinou a incidência do duplo grau na França e na maioria dos países ocidentais.

Outrossim, a Convenção Americana de direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica - que adotou o ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto n.º 678/1992 - dispõe mais precisamente em seu artigo 8º, 2, *h*, o direito de recorrer no processo penal, consagrando mais uma vez o princípio estudado.

Tem-se como base do referido princípio a possibilidade de mudança de decisões equivocadas, quer dizer, que sejam tomadas em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Determinar que a decisão de um juiz seja imutável - sem possibilidade de reexame - seria entregar nas mãos do magistrado arbitrariedade sem tamanho, visto que não haveria segurança jurídica em tais pronunciamentos. Já nos advertiu Montesquieu (1994, p. 78) que um magistrado pode tornar-se despótico diante de falta de controle sobre suas decisões.

Exemplo disso são constantes casos de entendimentos de primeiro grau totalmente contrários às leis existentes, fazendo-se necessário o reexame de tais decisões. A possibilidade de reexame das decisões faz com que o próprio magistrado tenha mais cautela ao proferir determinado posicionamento, visto que aquela decisão possivelmente será submetida ao Tribunal, órgão este, hierarquicamente superior.

Ainda para fundamentar a existência do duplo grau de jurisdição, temos que uma decisão proferida por um órgão colegiado reveste-se de maior segurança, bem como, o fato de que sua incidência satisfaz a inconformidade do vencido, sendo que diante da decisão desfavorável tal princípio lhe proporciona, no mínimo, um novo julgamento, garantindo assim a justiça.

Por outro ângulo, o referido princípio não pode acabar por exceder órgãos recursais aumentando o tempo de apreciação de recursos, bem como, contribuir para morosidade da justiça, visto que se deve proferir a decisão mais justa em menor tempo possível. Nesse sentido, existem aqueles que acreditam que a reforma de uma decisão proferida por um órgão hierarquicamente superior pode causar insegurança quanto aos pronunciamentos judiciais.

Todavia, o principal fundamento do princípio segundo Cintra Grinover e Dinamarco (2003, p. 75) é político, visto que o ato estatal, seja ele qual for, não pode deixar de ser controlado, principalmente devido ao fato de que os membros que compõem o Poder Judiciário não são escolhidos pelo povo, havendo necessidade do controle interno proveniente da incidência do duplo grau de jurisdição.

O princípio, por sua vez, se concretiza no reexame realizado pelos Tribunais da decisão proferida pelo juízo singular, sendo desnecessário, portanto, cabimento de outros recursos para tribunais superiores como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Acontece que na segunda instância (geralmente atingida por interposição do recurso de apelação) fica exaurido o exame das provas e fatos da causa, cabendo dali em diante apenas discussões atinentes ao direito em si.

Em junho de 2011, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peluso, fez uma proposta de emenda constitucional, conhecida como “PEC dos Recursos”¹⁷ que estabelecia, como ideia inicial, o término dos processos depois do julgamento do juiz de primeiro grau e do tribunal competente, sendo que os recursos às Cortes Superiores não impediriam a execução das condenações determinadas pelas decisões de primeiro grau e depois confirmadas pelos tribunais competentes. Todavia tal projeto não prosperou e acabou sendo modificado posteriormente, tendo sua função desvirtuada.

Segundo o mencionado ministro: “O Brasil é o único país do mundo em que um processo pode percorrer quatro graus de jurisdição: juiz, tribunal local ou regional, tribunal superior e Supremo Tribunal Federal (STF)”¹⁸

Mais tarde, o julgamento das ADCs 43 e 44 pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, decidiu que o artigo 283 do Código Penal não impede o início da execução da pena sem o trânsito em julgado da última decisão, ou seja, permitiu-se o início do cumprimento da pena mediante decisão de segunda instância que confirma a condenação da decisão proferida pela primeira instância. Segundo mencionou o Ministro Teori Zavascki em trecho do seu voto¹⁹:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Notícias. Artigo do ministro Cezar Peluso sobre PEC dos Recursos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248> Acesso em: 11. Set. 2018.

¹⁸ (PELUSO.Cezar. Em Defesa de Uma Justiça Eficiente. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>.) Acesso em: 11. Set, 2018.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 Distrito Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>. Acesso em: 11, set. 2018.

responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Sendo assim, com a concretização do duplo grau de jurisdição no reexame da decisão pela segunda instância, desnecessária a existência de mais outras duas, visto que tal mecanismo prejudica a celeridade dos processos judiciais, bem como, abarrotava os tribunais com diversas causas, muitas delas com recursos meramente protelatórios.

Portanto, conclui-se que a supressão da terceira e quarta instância (Tribunal superior e Supremo Tribunal Federal respectivamente) recursal seria um dos caminhos possíveis a fim de retirar a competência recursal do Supremo Tribunal Federal, sendo esta a competência que mais possui demandas e causa mais lentidão no exercício das atribuições da referida Corte. Talvez, um projeto de emenda à constituição que visasse a supressão das referidas instâncias no quesito de julgamento de recursos seria viável e interessante do ponto de vista político, visto que o duplo grau de jurisdição se concretiza com o simples reexame de determinado pronunciamento judicial.

3.5 Da Proposta de Emenda Constitucional n.º 275 de 2.013

No ano de 2013, a Deputada Federal Luiza Erudinda (PSB/SP) ofereceu um projeto de emenda à Constituição cujo objetivo principal é a mudança da Seção II, Capítulo III, Título IV da Constituição Federal, bem como, seus artigos 101, 102, 104 e

105, 103- A, 12, § 3º, IV; 52, II; 96, II e 103, §1º, acrescentando ainda um § 8º no artigo 125.

O projeto tem como escopo aperfeiçoar a cúpula do Poder Judiciário modificando a maneira de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como, a competência da referida Corte, segundo o seu conteúdo, conforme consta no anexo II do presente trabalho.

Dentre as justificativas apresentadas pela autora do referido projeto está a de que a indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal com a aprovação do Senado Federal não funciona no Brasil, como ocorre na América do Norte, visto que só houve rejeição pelo Senado de uma indicação de ministro na história do país.

Tal fato ocorreu no início da República com indicação, pelo então presidente Marechal Deodoro da Fonseca, do seu médico pessoal para compor a cúpula da Corte Suprema. Insta salientar que tal fato era perfeitamente possível na época, visto que a Constituição de 1981 exigia que os ministros indicados para compor o STF tivessem apenas “notável saber e reputação”, somente mais tarde pela emenda constitucional de 1926 acrescentou-se a expressão “notável saber jurídico”.

Nesta feita, o projeto critica o modelo norte americano de indicação dos ministros, visto que segundo menciona, a indicação feita pelo Presidente da República submete o ministro indicado a pressões de diversas naturezas, uma vez que acaba por ser uma indicação ligeiramente informal e faz com que muitos ministros possam ser controlados por aquele que os indicou.

Outro motivo suscitado pela autora se deu diante da deficiência quanto à competência do Supremo Tribunal Federal, visto que lhe foi atribuído, por meio do texto constitucional a “guarda da constituição” (art. 102, CF), contudo, no ordenamento jurídico brasileiro temos a Carta Magna como Lei Maior, ou seja, todas as leis infraconstitucionais vieram ou encontraram conformidade de alguma maneira com a Constituição.

Tal fato faz com que existam diversas “brechas” legais para provocação do Supremo Tribunal Federal, havendo causas pautadas somente em interesses individuais ou de pequenos grupos que nada importam para o texto constitucional.

Segundo a proposta de emenda aqui estudada, o abarrotamento de processos na Suprema Corte se deu devido à criação, pela Constituição de 1988, do Superior Tribunal de Justiça em igual posição hierárquica com o Supremo Tribunal Federal.

O legislador, segundo o entendimento, perdeu a oportunidade de reservar para a Suprema Corte causas essencialmente constitucionais, deixando as demais atribuições para a Corte Superior, o que não ocorreu.

A proposta então é de transformar o Supremo Tribunal Federal em autêntica Corte Constitucional, ampliando o número de ministros e diminuindo a competência dos mesmos. A Corte passaria a ser composta por 15 ministros indicados não pelo Presidente da República, mas sim, pelo presidente do Congresso Nacional, com aprovação pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Para tal escolha, seriam elaboradas listas pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com possíveis candidatos dos quais, magistrados, oriundos do Ministério Público e da advocacia.

As atribuições que não fossem atinentes à interpretação da Constituição seriam transferidas então para o Superior Tribunal de Justiça que passaria a ser composto por 60 (sessenta) ministros, quase o dobro do número atual. Outras modificações foram previstas, nas palavras da Deputada Luiza Erudinda de Souza (PEC N.º 275)²⁰:

a) o cabimento do recurso extraordinário apenas nas causas decididas pelo Superior Tribunal de Justiça; b) a supressão das súmulas de jurisprudência predominante; c) a audiência prévia do Advogado-Geral da União nos processos que tenham por objeto a apreciação em tese da Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sem que ele deva defender o ato ou texto impugnado; d) no processo e julgamento dos crimes comuns dos membros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a competência deixaria de ser do Superior Tribunal de Justiça, e passaria a ser dos Tribunais de Justiça.

A referida proposta encontra-se em trâmite e a última ação legislativa ocorreu no dia 12 de abril de 2017, sendo esta, parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), proferido pela relatora, Deputada Cristiane Brasil, no sentido de admitir a referida proposta, visto que não houve qualquer vício de inconstitucionalidade formal ou material naquela, bem como, vícios referentes à “forma federativa de Estado, ao voto direto, universal e periódico, à separação dos poderes e aos

²⁰ Proposta de Emenda à Constituição. 2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3050BBBA0A3C45735001D7102DCC5FB0.node1?codteor=1097045&filename=PEC+275/2013 Acesso em: dia 12. Set. 2018.

direitos e garantias individuais”²¹, tendo portanto, respeitado as cláusulas pétreas presentes na Carta Magna.

Ainda segundo a relatora a proposta de emenda n.º 275/2013 é interessante e produtiva²²:

A justificativa da proposta, com acerto, registra que a consecução da finalidade maior do STF de guarda da Constituição é essencial para diminuir acúmulo de atribuições, e assim, evitar julgar processos de puro interesse individual ou de grupos privados, sem nenhuma relevância constitucional, passando estes para o STJ. Isto porque, tal acúmulo exacerbado de casos sobrecarrega os Ministros, e retarda o andamento dos processos, razão pela qual a proposta pretende transformar o STF em autêntica Corte Constitucional.

O parecer, portanto, foi pela admissibilidade da PEC estudada, sendo que a referida proposta está em trâmite para votação.

Sendo assim, há possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal venha a ser considerado tão somente Corte Constitucional, sendo que a solução de atribuir as outras competências que não estão relacionadas com assuntos atinentes à Carta Magna ao Superior Tribunal de Justiça, seria viável visto que, aquele, passaria a contar com quase o dobro dos ministros que atualmente o compõe. Dessa forma, o abarrotamento de ações para julgamento no Supremo seria resolvido, bem como, somente seria possível a interposição de recurso extraordinário nos casos que, presentes os requisitos para tal, o STJ já tivesse proferido julgamento.

Parece que a proposta da Deputada Luiza Erudinda é fiel aos fundamentos que levanta, visto que resolveria um grande problema da atualidade, acabando ainda com a indicação de Ministros pelo Presidente da República, bem como, com as pressões políticas para aqueles indicados, contribuindo para o exercício das funções atinentes aos três poderes de forma livre e independente, como deveria ser.

Por outro lado, é necessário chamar a atenção para o fato de que a ampliação do número de Ministros do Superior Tribunal de Justiça e a transferência de competências de um órgão para outro não é a solução principal para o problema, uma vez que a discussão é mais profunda.

²¹ Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Proposta de Emenda à Constituição n.º. 275, de 2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1545181&filename=Parecer-CCJC-12-04-2017. Acesso em: 12. Jan. 2018

²² Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3050BBBA0A3C45735001D7102DCC5FB0.node1?codteor=1097045&filename=PEC+275/2013 Acesso em: dia 12. Set. 2018

Incessantes inovações legislativas vieram para tentar frear a enxurrada de recursos que chegam no Supremo Tribunal Federal. Institutos como a “repercussão geral”, “súmulas” e “súmulas com efeito vinculante” foram medidas paliativas que deram certo, mas não foram o suficiente para acabar com o caos jurídico institucional sofrido pelo Supremo.

Também, a ótica do acesso à justiça deve ser o fator norteador para o desenvolvimento de projetos legislativos que busquem equacionar as competências do Supremo. Ora: não tem sentido mudar composição de tribunal ou criar freios para evitar a subida de recursos se não houver um estudo aprofundado destas implicações para o tão sonhado “acesso à justiça”.

Seja como for, resta aguardar o resultado da tramitação da referida proposta no Congresso Nacional.

4 O ACESSO À JUSTIÇA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM GRANDE DESAFIO

O Estado Democrático de Direito é marcado pela existência de legislações garantistas cuja marca é a previsão de direitos fundamentais, sobretudo o acesso à justiça e conseqüentemente o princípio da duração razoável do processo.

Além de ser um tema de direito constitucional, vários tratados internacionais de direitos humanos trazem também a existência destes valores fundamentais. Como exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8.1 prestigia o acesso à justiça no sistema interamericano:

Artigo 8º- Garantias Judiciais. 8.1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Na Constituição Federal, o acesso à justiça é disposto em diversas passagens do artigo 5º, seja na duração razoável do processo (5º, LXXVIII), na existência do juízo natural (5º, LIII) ou até mesmo no princípio da inafastabilidade da jurisdição (5º, XXXV).

A existência de recurso a um grau de jurisdição superior também é um desdobramento da garantia de acesso à justiça, muito embora o princípio do duplo grau de jurisdição não seja materialmente constitucional e, portanto, não expresso na Constituição. Todavia, este vetor está descrito no artigo 8.2, “h” da Convenção Americana:

Artigo 8º - Garantias judiciais. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: “h” direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Por esta razão, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com a ritualística do art. 5, §3º (redação dada pela emenda constitucional nº 45/2004) terão status de emenda constitucional ou, na pior das hipóteses, se não seguirem esta fórmula ou sendo anteriores a 2004 terão status de supra - legalidade, conforme precedente firmado no recurso extraordinário n.º 466.343. Portanto, o baluarte “acesso à

justiça” possui expressa existência no ordenamento doméstico, a partir de próprio tratado internacional ratificado pelo Brasil.

Antônio Rubens de Lara (2002, p. 57) relata que desde as Ordenações Filipinas havia a previsão de existência de um direito de acesso à justiça, por meio de um causídico às pessoas pobres, sem condições de bancar um patrocínio particular. Portanto, desde os primórdios da legislação brasileira, uma das vertentes do tão sonhado acesso à justiça era a ideia da criação de condições para as pessoas postularem em juízo.

No tocante à concretização do acesso à justiça, esta não se faz apenas com a disposição de condições para ingresso de uma demanda em juízo; é muito mais do que isto, trata-se do Estado -juiz proporcionar a possibilidade de ingresso de uma demanda a todos (inclusive aos menos favorecidos), ou seja, a possibilidade das partes obterem resposta jurisdicional justa em um prazo de validade razoável, bem como, o direito de recorrer a outro grau de jurisdição .

Neste diapasão, a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2012, p. 42) torna-se imprescindível:

O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo-, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.

Para a efetividade do processo, os professores mencionam a existência destes quatro pontos sensíveis que, juntos, preenchem o conceito de “acesso à justiça”, conforme relatado. Assim, admissão ao processo (ingresso em juízo) seria a possibilidade de eliminar todas as dificuldades econômicas que viessem impedir ou dificultar o oferecimento de uma defesa adequada.

O modo de ser do processo está relacionado à observância da ordem legal dos atos e seu fiel cumprimento, tendo as partes a possibilidade de participar do contraditório e diálogo com o juiz.

A justiça das decisões está relacionada, conforme os professores (2012, p. 43) pelas decisões do juiz serem pautadas em critérios justos, ao apreciar determinada prova, ao enquadrar fatos em normas e categorias jurídicas ou até mesmo a interpretação.

Por fim, a efetividade das decisões está relacionada com a possibilidade de obtenção do direito reconhecido na sentença transitada em julgado, a partir dos meios típicos e atípicos de obtenção. Seria, no ditado popular, o famoso “ganhar e levar”.

Sandro Marcos Godoy (2017, p. 45) interpreta o acesso à justiça de forma mais ampla, não restringindo seu alcance apenas ao Poder Judiciário, mas também ao Legislativo e Executivo ou ainda de forma extrajudicial:

Tais soluções que podem ocorrer em um ambiente extrajudicial, a exemplo da arbitragem, não deixam de corresponder integralmente ao princípio do acesso à justiça, ainda que não sujeitas diretamente à chancela do Poder Judiciário para sua validade. Acesso à justiça não é somente acesso ao Poder Judiciário e às formas de jurisdição, mas toda e qualquer forma de se garantir direitos sociais permitindo que o homem viva integrado em um sistema de direitos que lhe garanta dignidade.

Diante desta questão, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência farta no sentido de proporcionar o acesso à justiça até mesmo nas relações privadas. Em um típico caso de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aquele onde ambos os polos são compostos por particulares, sem a interferência do Estado), o recurso extraordinário n.º 201.819- RJ foi importante precedente no sentido de impor condenação à União Brasileira de Compositores - uma sociedade civil sem fins lucrativos - que expulsou um associado sem a observância do efetivo contraditório.

No julgamento do caso, o Ministro Celso de Mello teceu inúmeras considerações acerca da incidência dos direitos fundamentais e, principalmente, do acesso à justiça nas relações privadas. Em seu voto na 2ª Turma do Supremo, o Ministro negou provimento ao recurso da pessoa jurídica recorrente e deixou consignado que a autonomia privada não pode desrespeitar direitos e garantias fundamentais.

Eis a citação de parte do voto (2005, p. 68):

Essa mesma reflexão sobre o tema é também compartilhada por WILSON STEINMETZ (“A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais”, p. 295, 2004, Malheiros), cujo magistério põe em destaque a significativa importância de estender-se, ao plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais, cuja incidência – como já referido no início deste voto - não se resume, apenas, ao âmbito das relações verticais entre os indivíduos, de um lado, e o Estado, de outro (...). É por essa razão que a autonomia privada - que encontra claras limitações de ordem jurídica - não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também

se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

No plano internacional, a Corte Interamericano de Derechos Humanos entende, desde o seu primeiro caso - *Velásquez Rodríguez vs Honduras* - que incide a responsabilidade internacional do Estado quanto à inefetividade dos recursos ou meios extrajudiciais disponíveis.

Logo, não basta que os recursos ou meios estejam positivados na legislação doméstica de determinado país que ratificou o Pacto de San José e reconhece a jurisdição da Corte; há a necessidade de efetividade de acesso a estes recursos. Foi por uma destas razões que o Estado hondurenho foi condenado por violar os direitos do senhor Manfredo Velásquez.

No tocante ao direito doméstico, o acesso à justiça pode ser visto de forma mais ampla possível e em diversas perspectivas. Neste trabalho, o foco é o estudo da problemática do acesso à justiça no Supremo Tribunal, a partir do modelo constitucional esculpido pela Constituição de 1988 e com as respectivas competências deste tribunal.

O modelo processual para alcançar o Supremo é extremamente seletivo. O índice de não conhecimento de demandas é altíssimo, principalmente por conta dos requisitos constitucionais para admissibilidade de recursos. Mas, há um fator complicador que deve ser levado em conta: questões de pequeno valor ou lides não patrocinadas por grandes causídicos se tornam mais complicadas de serem admitidas.

Noutras palavras, uma questão só chega ao Supremo Tribunal Federal se tiver um grande valor, for patrocinada por um causídico de renome ou em último caso, se houver uma flagrante violação constitucional. Nesta questão, Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988, p. 28) advertem que a maior barreira para o acesso à justiça está nos processos cujo valor da causa é pequeno:

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. Refletindo sobre essa situação, é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolvam ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações (...)

A realidade nos tribunais superiores brasileiros não é diferente, se analisarmos que os maiores clientes - principalmente no Supremo - são os entes públicos e até mesmo grandes grupos econômicos.

Por outro lado, uma importante via de acesso ao direito de minorias ou hipossuficientes é o controle concentrado, cuja legitimidade para a propositura de ação está descrita no art. 103 da Constituição segundo o qual, os legitimados em sua maioria, são entes públicos ou entidades que possuem projeção nacional, gozando, portanto, de condições financeiras para o custeio do processo.

Outra importante via de acesso dos menos favorecidos - no controle difuso - é a utilização dos remédios constitucionais, sobretudo o habeas corpus e habeas data, que são gratuitos, conforme artigo 5º LXVII.

4.1 As Ondas Renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth

O século XX, sobretudo em sua segunda metade, foi marcado por inúmeros estudos doutrinários sobre a problemática do acesso à justiça. Tal garantia é tão genérica que diante da problematização é possível falar de acesso à justiça em praticamente todos os ramos da ciência jurídica muito embora o seu fundamento seja constitucional e tenha previsão em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Dois dos estudiosos do tema foram os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua clássica obra “Acesso à Justiça”. Na ocasião, os referidos autores abordam a problemática em várias perspectivas, desde a efetivação do acesso à prestação jurisdicional aos menos favorecidos até a busca por soluções práticas para os problemas do acesso à justiça. De forma explicativa, enfrentam o tema comparando a problemática com ondas marítimas, que renovam a circulação do próprio mar.

Na tentativa de explicar as ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os autores Eduardo Maia Tenório das Cunha e Carlos Henrique Bezerra Leite (2007, p. 46) explicam de forma didática as ondas do acesso à justiça:

A clássica obra de Cappelletti e Garth enfrentou o tema do acesso à justiça sob a perspectiva de ondas. Tais quais ondas marítimas que avançam sobre a costa para renovar o ciclo natural da vida, as ondas renovatórias de soluções jurídicas são demandadas para superar os obstáculos do acesso à justiça e moldar um novo cenário jurídico para aqueles que clamam por justiça. A primeira onda trazia a assistência judiciária aos pobres como tentativa de universalização do acesso à justiça, incluindo uma boa parte da população até então alijada da

tutela jurisdicional por falta de condições financeiras de demandar. A segunda onda inseria a coletivização dos processos como forma de enfrentamento das demandas de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea (como hoje se concebe no sistema jurídico brasileiro), tendo em vista o cenário socioeconômico de sociedades de massa. A terceira onda trouxe os meios alternativos de solução de conflitos, combinando a otimização do uso da máquina judiciária, mediante a reforma dos procedimentos judiciais e simplificação do direito (combate ao formalismo jurídico), com a utilização de procedimentos extrajudiciais, tais como mediação, arbitragem e conciliação.

Conforme mencionado, Mauro Cappelletti e Bryant Garth vislumbraram na primeira onda renovatória: a assistência judiciária para os mais necessitados. Tomando como base o sistema francês de 1972 - denominado *securité sociale* - e o sistema alemão de outubro de 1972, o serviço do causídico particular é pago pelo próprio Estado e o principal objetivo dos países que incorporam tais serviços é o de pagar adequadamente os advogados, tornando a remuneração justa.

Os autores mencionam (2007, p. 35) a experiência britânica, com o chamado *sistema judicare*, onde o próprio beneficiário escolhe - a partir de uma lista - o causídico que melhor lhe agrada, devendo obedecer, desde que preencha certos requisitos:

No moderno programa britânico, por exemplo, um requerente, verificada a viabilidade financeira e de mérito de sua causa, pode escolher seu advogado em um a lista de profissionais que concordarem em prestar esses serviços. A lista é extensa, uma vez que a remuneração para a assistência dada pelo advogado é suficiente para atrair quase todos os profissionais. É muitas vezes necessária assistência jurídica para demonstrar a própria qualificação formal com vistas a obter a assistência judiciária. Por isso, a reforma de 1972 possibilita que o requerente utilize até o limite de 25 libras esterlinas, em serviços jurídicos, sem necessitar de qualquer autorização formal.

A Lei 1060/50 implantou a primeira onda renovatória descrita por Cappelletti e Garth, muito embora haja apontamentos no sentido de criticar a baixa remuneração dos causídicos frente a complexidade de processos. Mas uma consideração importante deve ser feita: o benefício descrito na referida lei abrange milhões de pessoas em todo território nacional, sendo uma ferramenta importantíssima para a efetivação do acesso à justiça.

A segunda onda renovatória está relacionada à representação dos interesses difusos e coletivos. Segundo os autores, há a necessidade de ações governamentais no sentido de criar instituições específicas para a proteção destes direitos que abrangem toda coletividade. Como exemplo, é mencionado pelos autores o caso da Suécia (2006, p. 54), com a criação de órgãos próprios de representação do direito coletivo dos consumidores.

A terceira, última fase e talvez a mais famosa é a busca por uma concepção mais ampla de acesso à justiça, havendo a criação de procedimentos e instrumentos para solução de controvérsias. Neste diapasão, mecanismos como conciliação, mediação e arbitragem são os exemplos de sucesso da efetivação da terceira onda.

No Brasil, por exemplo, a lei 13.140/2015 regulamenta no direito pátrio à mediação, conciliação e arbitragem, mecanismos estes que são estimulados pelo Código de Processo Civil de 2015.

O que se busca, com a efetivação das ondas renovatórias é, de uma vez por todas, popularizar a justiça, fazendo com que, esteja de braços abertos para todos (independentemente de recursos financeiros), de forma a dar qualidade à resposta jurisdicional e não sobrecarregar o Judiciário. Daí nasce a essência da terceira onda, com a criação dos meios alternativos de solução de controvérsias, como a mediação, conciliação e a arbitragem.

Em especial no Supremo Tribunal Federal, diversas foram as propostas para dar maior efetividade ao acesso à justiça no órgão de cúpula do Judiciário, conciliando tanto a facilidade de propositura de ação quanto a duração do processo.

No entanto, conciliar este baluarte constitucional em um tribunal com jurisdição em todo território nacional é um grande desafio e diversas vezes reformas legislativas foram feitas para buscar a compatibilização destes valores, pois a mesma Constituição que assegura a inafastabilidade da jurisdição é a mesma que dá três grandes competências para o Supremo Tribunal Federal.

Por esta razão, compatibilizar o tempo e o andamento do processo em tribunal de dimensões continentais é o grande desafio, sobretudo quando envolve direito das minorias.

Por outro lado, o acesso à justiça não fica restrito apenas à jurisdição interna. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal guardião do Pacto de San José, tem uma jurisprudência farta no tocante a dar um significado para a expressão.

Por fim, caso o Supremo Tribunal Federal fosse apenas uma Corte Constitucional, seguramente também seria uma Corte Convencional e a consequência disto seria muito importante, pois restaria apenas a alta cúpula do Judiciário brasileiro o papel de defesa da Constituição e dos tratados de direitos humanos; não se preocupando o STF com competências que não são típicas das Cortes Constitucionais.

4.2 O Acesso à Justiça na Corte Interamericana de Direitos Humanos

O controle de constitucionalidade é uma das grandes atribuições que a Constituição Federal deu ao Supremo Tribunal Federal. Enquanto Corte Constitucional, a função precípua do STF é a de interpretar a Constituição, de modo que toda a legislação infraconstitucional encontre seu fundamento de validade na lei maior.

Uma lei infraconstitucional que não encontra o seu fundamento de validade na Constituição é declarada inconstitucional. No que se refere às normas criadas antes de 1988, não há que se examinar o controle de constitucionalidade, afinal tais leis foram criadas sob a égide de outra Constituição, tendo – portanto - outro parâmetro de compatibilização. Neste caso, não existe a declaração ou não de inconstitucionalidade, mas sim, a análise de recepção ou não recepção e a ação própria para isto é a mais residual de todas do controle concentrado: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com fundamento no art. 102 §1º e regulamentada pela lei 9882/99.

Quanto à proteção dos direitos humanos e, sendo um deles, o direito ao acesso efetivo à justiça, é importante destacar que a jurisdição interna não é o suficiente para proteção de direitos previstos em tratados internacionais. Por esta razão, surge o chamado controle de convencionalidade, cujos parâmetros são os tratados de direitos humanos.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 119) apresenta a teoria da dupla checagem vertical, onde as normas de direito interno devem encontrar o seu fundamento de validade na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados na legislação.

Para a melhor compreensão dessa dupla compatibilidade vertical material, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país. O respeito à Constituição faz-se por meio do que se chama de controle de constitucionalidade das leis; o respeito aos tratados que sejam de direitos humanos faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) controle de convencionalidade das leis; e o respeito aos tratados que sejam comuns faz-se por meio do controle de suprallegalidade das leis, conforme abaixo veremos com detalhes

O controle de convencionalidade tem origem numa clássica decisão 74-75 tomada pelo Conselho Constitucional Francês que, ao fazer o controle preventivo de constitucionalidade, detectou que não era caso de um controle de constitucionalidade, mas sim de supostamente uma convencionalidade. O caso discutia uma questão

relacionada à interrupção voluntária de gestação, o que iria em dissonância com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Segundo o entendimento de Sérgio Garcia Ramírez (2005, p. 1-86), de fato, o nascimento do controle de convencionalidade veio com a clássica decisão 74-75 do Conselho Constitucional francês, no entanto, foi na Corte Interamericana de Direitos Humanos que esta tese ganhou força, foi aperfeiçoada e implantada no sentido de dar preservação à tutela dos direitos humanos e, como consequência, a garantia do acesso à justiça. Para chegar a esta interpretação, o autor fundamenta a partir do caso “Última tentação de Cristo vs Chile²³”, caso levado à Corte Interamericana e que resultou na condenação do Estado chileno por violar a liberdade de expressão, censurando o filme que relatava a vida de Jesus Cristo.

Em seu curso de Direitos Humanos, Valério de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 55) enfatiza que este controle tem a característica de ser complementar, agindo quando não houver uma insuficiência do controle interno.

As cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente; o controle de convencionalidade levado a efeito pelos tribunais internacionais é apenas complementar ao controle (primário) exercido no plano interno.

Nesta mesma direção, Sérgio Tibiriçá Amaral e Mário Coimbra (2016, p. 291) chamam a atenção para a complementariedade do próprio controle de convencionalidade, como forma de conciliar a soberania de cada país que ratificou um tratado de direitos humanos e o acesso à justiça, garantia oriunda dos preceitos constitucionais e com previsão na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, respectivamente nos artigos 8º e 25.

Na Corte Interamericana, em especial, ao aplicar o controle de convencionalidade, o referido tribunal internacional deve se valer do princípio do prévio esgotamento dos recursos internos que, além de ser um vetor interpretativo, é também um requisito de admissibilidade. Neste sentido, Sérgio Tibiriçá Amaral e Mário Coimbra lecionam (2016, p. 293).

²³ O filme “A última tentação de Cristo” foi feito pelo cineasta Martin Scorsese e relata um Jesus muito diferente da versão bíblica. Questionando uma dualidade existencial na vida do Messias, o filme relata a ambiguidade entre a carne e o espírito, questionando a história da humanidade se Jesus tivesse casado e com filhos. Por ter influência católica, o Estado chileno resolveu censurar a veiculação do filme, o que resultou uma demanda na Corte Interamericana, questionando a liberdade de expressão e seu fundamento na Convenção americana.

Um deles é um princípio do esgotamento dos recursos internos nos julgamentos nacionais, previsto no art. 46 “a” da Convenção. É requisito de admissibilidade de uma petição ou comunicação a ser analisada pela Comissão. Na leitura do artigo vê-se que o esgotamento não é absoluto: ”a) não há devido processo legal; b) não se houver permitido o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido impedido de esgotá-los; c) houve demora injustificada na decisão sobre o caso”. Portanto, trata-se de justiça complementar. Deste princípio também chamado de complementaridade.

Para a jurisprudência da Corte, o acesso à justiça é visto na perspectiva mais ampla possível, abrangendo tanto a necessidade dos Estados em garantir defensores para os menos favorecidos até a busca pela efetividade

No tocante ao conteúdo do acesso à justiça, a Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Union Sanders v. Spain* (§31 a §42) e *Motta v. Italy* (§16) traçou parâmetros para o significado do referido acesso e a questão da duração razoável do processo. Estas balizas foram importantes para a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Genie Lacayo vs Nicarágua* (§ 77 a §96).

Assim, os parâmetros de duração razoável do processo são: complexidade da causa, a atuação das partes no processo e a atuação das autoridades judiciais.

4.3 O Acesso à Justiça no Brasil: o Papel do Supremo Tribunal Federal

No Brasil, a temática do acesso à justiça e a duração razoável de um processo é uma questão extremamente delicada e, muitas vezes, tal fato se dá pela quantidade excessiva de processos que todos os dias chegam aos tribunais, em especial ao Supremo Tribunal Federal; ao excesso de competência e ao próprio sistema processual extremamente dogmático.

Levi Rosa Tomé (2014, p. 50) adverte que o papel fundamental do sistema processual como um todo é o de proporcionar, de forma justa e eficaz uma tutela judicial, proteção jurídica esta que nasce a partir das vias de acesso do cidadão comum para o Tribunal. É por esta razão que a necessária simplificação processual e a especialização cada vez maior dos Tribunais auxiliam na efetividade da tutela jurisdicional:

O processo, como instrumento ético de solução de conflitos, como atividade desenvolvida perante os tribunais, com vistas à obtenção da tutela jurídica estatal, haverá de cumprir exatamente este seu objetivo, ou seja, solucionar conflitos de modo satisfatório e adequado, tutelar, efetivamente, o direito em periclitado, sob pena de cair em descrédito. Aliás, o grande problema do sistema judicial é exatamente este- o descrédito perante o comum dos cidadãos, em função do defeito apresentado por essa “máquina estatal”, que como se tem

visto não soluciona conflitos a contento, não proporciona acesso à ordem jurídica justa.

No que tange à grande quantidade de demandas no Supremo Tribunal Federal e o prejuízo ao acesso à justiça, diversas reformas legislativas foram feitas para tentar conciliar a prestação jurisdicional adequada e o excesso de competências.

Dentre as principais mudanças, destacam-se: o surgimento do instituto da repercussão geral, previsto no art. 102 §3 (redação dada pela emenda constitucional nº 45) e regulamentado pelo artigo 1035 do Código de Processo Civil; a súmula com efeito vinculante, prevista no art. 103-A da Constituição, cuja redação também foi introduzida pela emenda constitucional nº 45)

Ensinando sobre o papel da repercussão geral no direito brasileiro, Haroldo Lourenço (2018, p. 837) adverte que o instituto em questão veio como forma de filtrar a grande quantidade de demandas no Supremo, o que de certa forma inviabiliza o acesso à justiça de questões – sobretudo - constitucionais:

Diante do nítido desvio das funções do STF, em virtude do enfrentamento de demandas de menor significância, o que gera uma sobrecarga de processos, foi criado um filtro para a admissibilidade de recursos perante o Tribunal. O recurso extraordinário, que deveria ser, com o perdão do truísmo, extraordinário, tornou-se ordinário, em que todos recorrem para o STF, passando a ser um terceiro ou quarto grau de jurisdição

Na mesma direção, Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo D´Arce Pinheiro e Sandro Marcelo Kozikoski (2017, p. 1622/1623) tecem considerações acerca do filtro qualitativo denominado “repercussão geral”:

Aceite-se, assim, que a exigência de um filtro qualitativo para o acesso aos Tribunais Superiores- ou, ao menos, para o Tribunal Constitucional-, está amparado no fato de que existem causas significativamente mais importantes para o conjunto orgânico da sociedade brasileira. Vale dizer: “não é porque toda matéria constante da Constituição seja relevante que toda causa relacionada a ela também o será”. Nessa perspectiva, a instância superior passa a ser compreendida como uma prerrogativa a serviço do sistema processual.

A emenda constitucional nº 45 tentou frear a subida de recursos para os tribunais superiores, em especial no Supremo. Conforme salientado no segundo capítulo deste trabalho, a competência recursal é a que mais custa financeira e cronologicamente para o Supremo e as incessantes reformas no Judiciário buscam a todo momento compatibilizar o acesso à justiça, pois é inadmissível que a Corte - que seria responsável

pela defesa da Constituição e dos tratados de direitos humanos - perca tanto tempo com recursos que mais ordinário parecem ser.

Em uma perspectiva ideal, é extremamente pertinente uma reforma no Supremo para o fim de deixa-lo apenas com a competência de Corte Constitucional, sobretudo para a salvaguarda do acesso à justiça nas matérias que envolvem violação direta da Constituição e o direito das minorias.

Outro filtro trazido pela emenda constitucional nº 45 é a súmula vinculante. Com fundamento jurídico no art. 103-A, o Supremo, após provocação ou de ofício pela maioria absoluta de seus membros, pode editar súmula a partir de reiterados casos, e esta vinculará o Poder Judiciário e todas as suas instâncias, bem como a administração pública direta e indireta em nível federal, estadual e municipal.

O que se busca é, na verdade, uma economia processual, uma vez que uma decisão firmada pelo Supremo vinculará todas as outras instâncias e a configuração de uma hipótese prevista na súmula gerará o não conhecimento da referida demanda. Neste ponto, a lição de Lênio Streck e Georges Abboud é importante (2014, p. 61/62):

Ora, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros, e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, o senso comum passa a imaginar a utilização da súmula vinculante teria a função precípua de transformar os casos difíceis (que exigem exaustiva interpretação) em casos fáceis (que em razão do texto sumular passariam a ser solucionados de forma automática via subsunção). Ou seja, a súmula viria para facilitar a vida do intérprete que poderia utilizar a dedução para solucionar milhares de processos de uma só vez, porque agora eles são “fáceis”, bastando então a subsunção.

Além de ter como objetivo a economia processual e conseqüentemente funcionar como um freio inibidor da subida de recursos, a súmula vinculante tem como função a padronização de entendimento e a vinculação de todo Poder Judiciário e Administração Pública, como forma a proporcionar uma melhor segurança jurídica.

Muito embora a súmula vinculante e a repercussão geral sejam importantes instrumentos de otimizar o trabalho do Supremo, estes filtros não são o suficiente para dar ao Tribunal o papel de controle e defesa da Constituição, principalmente porque - conforme relatado nas tabelas deste trabalho - a grande quantidade de processos trava o Supremo e não o deixa desenvolver as competências que lhe seriam pertinentes.

5 OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O sistema do *civil law* tem origem no direito franco-romano que – inevitavelmente – influenciou o sistema jurídico brasileiro. Este tem na lei a sua principal fonte normativa e o juiz tem apenas o dever de aplicar a norma ao caso concreto.

Um dado interessante e que comprova esta proposta foi a existência da Corte de Cassação francesa, pós revolução. O papel do juiz após a Revolução Francesa era apenas aplicar a lei e a Cassação existia como forma de literalmente “cassar” as decisões dos juízes que julgavam contrário aos preceitos legais. Neste sentido, ensina Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 104):

Ademais, embora chamada de corte, a Cassação, num primeiro momento não integrou o Poder Judiciário. A natureza não jurisdicional da Cassação era compatível com a sua função de cassar ou anular as decisões judiciais que dessem à lei sentido indesejado. Ou seja, a Cassação originariamente representou uma alternativa - mais factível - em relação à consulta interpretativa.

Nota-se que o *civil law* prestigia a supremacia do Parlamento, ou do Poder Legislativo, de maneira genérica; tendo a atividade judicial interpretativa suprimida.

Outro sistema importante e de origem anglo-saxônica é o *common law*. Baseado na confecção de legislações com cláusulas abertas, este sistema proporciona prestígio à atividade judicial no tocante à interpretação. Logo, a atividade interpretativa é uma fonte do direito tão importante quanto a própria lei feita pelo Poder Legislativo.

Uma diferença marcante nestes dois sistemas está no fato de que, no de precedentes, há uma valorização do Poder Judiciário e esta virtude aos juízes remonta desde após a Revolução Gloriosa, na Inglaterra.

A tradição jurídica brasileira é de *civil law*. No entanto, paulatinamente o legislador tem introduzido no direito os precedentes judiciais, visto ser presente neles, mecanismo de prestação jurisdicional de forma fundamentada, em um prazo razoável de duração e principalmente, se bem utilizado, acaba por prestigiar a segurança jurídica, já que o próprio jurisdicionado saberá a posição interpretativa da Corte naquele caso específico.

Ainda no que se refere à aproximação do direito brasileiro com os preceitos do *common law*, Patrícia Perrone Campos Mello (2005, p. 178) traz como exemplo a

inserção de efeitos vinculantes tanto nas ações de controle concentrado como no difuso.

Nota-se:

Para ilustrar esse processo paulatino de aproximação ao common law, mediante inserção a aplicação de mecanismos com efeitos vinculantes, basta lembrar que a Carta de 88 foi promulgada prevendo, como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação direta interventiva (além da previsão genérica da arguição de descumprimento de preceito fundamental, então, sem contornos definidos).

Mas, pode surgir a seguinte indagação. O que seria, de fato, os precedentes judiciais? É possível utilizá-los como mecanismo a fim de evitar o caos de demandas em todos os cantos do país? A tradição do *common law* cabe no direito pátrio, cuja essência é o *civil law*? Estas indagações serão respondidas no item de conclusão.

Antes de responder a estes questionamentos, é necessário lembrar que o legislador desde o Código de Processo Civil de 1973 introduziu, de forma inovadora, o artigo 285-A²⁴ do diploma processual civil revogado.

Este dispositivo dava ao juiz de 1º instância o poder de criar o seu próprio precedente. Assim, em matérias que eram unicamente de direito e aquele juízo já tivera proferido sentenças de total improcedência naquele mesmo sentido, seria dispensado a citação e prolatada sentença de improcedência idêntica àquela já realizada. Neste raciocínio, ao comentar aquele dispositivo, Luiz Guilherme Marinoni afirma (2014, p. 97):

Tal instituto busca eliminar a possibilidade da propositura de ações que objetivem pronunciamentos sobre temas pacificados em decisões reiteradas do próprio juízo de primeiro grau ou dos tribunais, tomadas em “casos idênticos. É racional que o processo objetiva decisão acerca de matéria de direito sobre o qual o juiz já firmou posição em processo anterior seja desde logo encerrado, evitando gasto de energia para obtenção de decisão a respeito de “caso idêntico” ao já solucionado. Nesta perspectiva, o “processo repetitivo” constitui um formalismo desnecessário, pois tramita somente para autorizar o juiz a expedir a decisão cujo conteúdo já foi definido no primeiro processo.

²⁴ O dispositivo tinha a seguinte redação: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” Esta redação foi incluída pela Lei nº 11.277, de 2006”.

Neste mesmo sentido, o artigo 518 §1º²⁵ do mesmo Código agora revogado dava a possibilidade de o juiz não receber apelação cujo fundamento estivesse em confronto com súmulas do Supremo e do STJ.

A ideia principal destes dispositivos era a de valorizar uma tese já fixada pelos tribunais, conciliando o direito fundamental, a ação e o próprio princípio da duração razoável do processo. Noutras palavras, havia a conciliação entre o baluarte “acesso à justiça” e o próprio direito fundamental do jurisdicionado de obter a análise de sua demanda, de forma fundamentada.

Nesta direção, o precedente judicial é um instrumento fortíssimo para garantia do acesso à justiça, sobretudo no Supremo e principalmente quando se refere à competência recursal.

Fredie Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Alexandre de Oliveira (2016, p. 455) definem esta garantia da seguinte maneira:

Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. O precedente é composto pelas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento provisório; c) argumentação jurídica em torno da questão.

A experiência dos países do *common law* e que vem sendo incorporada no Brasil está no fato de que nem tudo mais se resolve pela lei por se tratar de mandamento abstrato. Noutras palavras, os precedentes judiciais estão sendo colocados no mesmo patamar que a lei, sendo também considerados uma fonte imediata do Direito.

Nesta direção, Lenio Luiz Streck ensina (1998, p. 46/47):

A doutrina dos precedentes obrigatórios (*Doctrine of binding precedent*), também chamada de *satere decisis*, *case law*, está estreitamente ligada ao sistema denominado *Law Reports*. De pronto, deve ser dito (e repetido) que uma das características históricas mais marcantes da lei inglesa é ser produto do trabalho dos juízes (*judge made law*). Ou seja, a maior parte do *common law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juízes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando regras a casos

²⁵ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994). Parágrafo único. Apresentada a resposta, é facultado ao juiz o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso. (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994). § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006).

novos, na medida em que foram surgindo. O princípio que respalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*).

A lei enquanto fonte do direito parte de um mandamento abstrato aplicado – a partir da interpretação judicial – a um caso concreto. O precedente, por outro lado, parte de uma razão específica levada à aplicação de um caso cuja mesma razão se amolda ao caso paradigma.

Neste diapasão, o que torna obrigatório, ou ainda, persuasivo é um elemento do precedente chamado *ratio decidendi* ou – como chamam os norte-americanos – *holding*, que nada mais é do que os fundamentos jurídicos utilizados pelo tribunal responsável pela criação dos precedentes.

A *ratio decidendi* ou *holding* é o núcleo essencial do precedente sendo que sua inexistência acabaria por mudar a decisão. Logo, esta razão de decidir é imprescindível para a tese fixada.

Ao ser colocado como uma fonte do Direito, a *ratio decidendi* do precedente se torna uma regra geral que poderá ser aplicada aos casos futuros que dialogarem com aqueles fundamentos. Para exemplificar, Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 175) utiliza como exemplo o cheque prescrito e a ação monitória para demonstrar o que seria a razão de decidir fixada em um precedente:

Por exemplo, com base nela é possível admitir, em qualquer outra situação concreta, a ação monitória para a cobrança de cheque prescrito. Eis aí a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes.

Fredie Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Alexandre de Oliveira (2016, p. 461) deixam claro que o relatório é onde se identifica a *ratio decidendi*, pois é nele onde as partes que tomam como base aquele parâmetro fixado se baseiam para pressupor aquela regra concreta fixada anteriormente.

Como em tudo na vida, o precedente não é eterno e pode ser superado. A experiência do direito consuetudinário mostra que existe uma verdadeira ética e respeito aos precedentes, pois eles dão previsibilidade e segurança jurídica às relações e sua superação ocorre em casos excepcionais, a partir da mudança de entendimento da própria razão de decidir.

Por esta razão, Jaime Domingues Brito e Matheus Vargas Fogaça (2016, p. 272) explicam que o cuidado para superar um precedente deve ser o mesmo que se tem para revogar uma lei vigente, devendo se levar em conta as consequências jurídicas desta “revogação”:

A revogação de um precedente significa a retirada de uma norma ordenamento jurídico, quase que equivalendo ao processo legislativo de revogação de uma lei. Por isso, quando o julgador recusa um precedente - e isso somente pode ocorrer no âmbito de um tribunal, pois juiz de primeira instância não possui essa atribuição -, deve-se exigir dele justificativas que ultrapassem as razões ordinárias para a fundamentação de uma decisão.

Como enfatizado pelos autores, a declaração de superação de um precedente é feita apenas por um tribunal e não por um juiz de 1º instância. Destaca-se que a superação deste precedente – *overruling* – pode ser feita a partir da *obiter dictum*²⁶. Aí está a relevância do voto vencido, pois a tese que até então era acessória, havendo uma futura superação, poderá ser a nova *ratio decidendi* do novo precedente.

Neste raciocínio, é importante destacar que os precedentes são importantes ferramentas para diminuir significativamente o grande contingente de processos de competência recursal que chegam ao Supremo Tribunal Federal.

Nota-se que há uma diferença entre precedentes judiciais e súmulas. As segundas são textos precisos, que exprimem a razão de decidir. O precedente, por contrário, é o caso paradigma onde se extrai a *ratio*. Assim, o precedente gera uma jurisprudência e este, de forma reiterada, gera uma súmula.

Por esta razão, se o Pretório Excelso faz um precedente, este terá vinculação a todos os jurisdicionados, dando previsibilidade e segurança jurídica. A partir desta tese, à medida que o Supremo editar precedentes e estas teses forem respeitadas, automaticamente a quantidade de julgamentos será menor e a própria Corte escolherá qual processo irá julgar, como vários tribunais de última instância fazem mundo a fora.

Esta “escolha” não é aleatória, pelo contrário. O Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de precedentes elegerá um caso cuja matéria é importante para a própria Corte fixar uma *ratio decidendi*, ou ainda, de forma simples, criar uma norma, um direito novo a ser seguido por todos.

²⁶ A “*obiter dictum*” é uma parte acessória da fundamentação do precedente. Pode ser até mesmo os fundamentos do voto vencido, quando o julgamento foi em colegiado.

Esta mudança de paradigma impõe às partes uma responsabilidade. A partir do *distinguishing*²⁷, o próprio advogado das partes deverá demonstrar ao Supremo a necessidade deste “criar” um direito novo, enfatizando a real necessidade de mudança de entendimento ou ainda que, aquele caso específico não se enquadra na razão de decidir fixada em um precedente.

Neste raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 214) ensina:

Sublinhe-se que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento de litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário.

Segundo Marinoni, o próprio sistema *Civil Law*, de origem franco-romana, é o responsável pela insegurança jurídica e grande quantidade de demandas. A vigência do Código de Processo Civil, a proximidade com o *Common Law* e a utilização dos precedentes é uma saída que pode desafogar o Supremo Tribunal Federal.

Nesta direção, elenca-se algumas razões pelas quais a observância dos precedentes judiciais traz inúmeros benefícios para diminuir a sobrecarga processual (principalmente no Supremo Tribunal Federal), não causando nenhum prejuízo ao acesso à justiça. Dentre estes motivos, estão os descritos nos seguintes tópicos.

5.1 Desestímulo ao Litígio e o Consequente Favorecimento de Acordos

O sistema de precedentes fundado pelo *common law* se baseia na previsibilidade, onde o próprio Judiciário tem balizas interpretativas claras e concisas que dão às partes uma segurança jurídica e inibem – de alguma forma – ver o processo como uma “loteria”.

Francamente, o Judiciário brasileiro está repleto de casos onde as partes buscam aventuras jurídicas e o custo desta inconsequência recai totalmente para o Estado,

²⁷ A expressão *distinguishing* é utilizada nos países de origem “*common law*”. É a técnica que distingue um caso específico daquele firmado em um precedente. Esta técnica foi incorporada no Código de Processo Civil de 2015 nos artigos 489 §1º, 1037 §9; art. 1042, §1º, II, artigo 1029, §§ 1º e 2º.

tendo a administração da justiça o ônus de arcar o tempo que este processo durará, o material humano e os custos pecuniários que um processo lento gera ao Estado.

Como exemplo clássico, a Justiça do Trabalho sempre foi alvo de inúmeras aventuras jurídicas de reclamantes que, se valendo dolosamente da prerrogativa de não possuírem a sucumbência (antes da grande reforma trabalhista²⁸), atiravam mísseis processuais, alegando inúmeros direitos e com um valor da causa estrondoso e, na audiência preliminar perante o magistrado trabalhista, aceitavam acordos mínimos, bem abaixo daquele pedido no pleito inicial.

Quem milita na seara trabalhista presenciou aventuras trágicas como esta, muito embora a Reforma Trabalhista tenha contribuído neste aspecto, colocando a sucumbência à parte vencida, mesmo que seja o reclamante.

O que é importante destacar é que facilidade para litigar não é a mesma coisa que acesso à justiça! Pelo contrário: interpretando de forma irresponsável a facilidade para litigar, cria-se um estado de caos jurídico e é onde os precedentes entram para coibir tais atitudes.

Quando o Judiciário tem orientações claras, posicionamentos sólidos acerca de determinadas matérias, gera nas partes uma sensação de previsibilidade e proporciona ao advogado a possibilidade de orientar seu cliente acerca dos ônus e bônus que a futura demanda gerará.

Isto prestigia o acesso à justiça, pois, todos os participantes do processo se beneficiarão com o respeito aos precedentes. O autor, no momento de propor a demanda, terá condições de saber se o caso proposto tem fundamento jurídico para criar uma interpretação nova e não caindo da vala comum de um precedente firmado por um Tribunal Superior.

Ao réu, este também terá segurança de criar a melhor estratégia de defesa. Ao juiz, o precedente fixado por um tribunal superior gera nele o dever de observância, pois a previsibilidade é um grande fator para a garantia do acesso à justiça.

Como decorrência lógica, esta previsibilidade desestimula litígios corriqueiros, dando energia para o Judiciário decidir aquilo que, de fato, cria um direito novo. É claro que nenhum precedente é imutável. Como colocado no início deste capítulo, a superação de um precedente é um fator natural da vida, mas para haver a superação deve haver o mesmo cuidado que se teria para revogar uma lei.

²⁸ A lei 13.467/2017, também chamada de Reforma Trabalhista, alterou inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943).

O fato é que atualmente, não há o respeito aos precedentes e isto gera uma tremenda insegurança jurídica para os próprios advogados que, inevitavelmente, não conseguem orientar seus clientes acerca do posicionamento dos juízes e tribunais. Neste sentido, ensina Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 133):

Contudo, num sistema que respeita precedentes a orientação jurídica torna-se efetivamente factível. Os advogados têm como cumprir o seu papel, que deixa de ser o de simplesmente arriscar - ainda que com custosa e convincente argumentação - a obtenção de uma decisão que, entre as várias que podem ser dadas, favoreça o seu cliente. Nesta dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma situação jurídica ou de um possível litígio. Em suma: para que os advogados possam adequadamente exercer as suas funções e para que os cidadãos possam realmente ser orientados acerca dos seus direitos o Judiciário deve ser confiável, ou melhor, as suas decisões devem ser previsíveis.

A segurança jurídica que a força obrigatória de um precedente traz gera a possibilidade de autocomposição entre as partes, o que conseqüentemente diminui a quantidade de demandas sem violar qualquer direito fundamental.

O prestígio à autocomposição que o respeito aos precedentes traz é uma importante ferramenta para acesso à justiça no Supremo Tribunal Federal. Nota-se: a competência recursal da Corte é infinitamente maior que qualquer outra competência. Assim, o respeito aos precedentes concilia uma tutela jurisdicional efetiva e a diminuição do número de processos.

5.2 Busca pela coerência e a busca pelo prestígio do juiz de 1º grau

À medida que os tribunais superiores criam precedentes e estes se tornam obrigatórios, inevitavelmente há um prestígio da decisão prolatada pelo juiz de primeira instância, tendo esta execução imediata.

Atualmente, a crítica reservada à lógica interpretativa constitucional e processual brasileira dá de fato, aos tribunais, o poder de decidir, restando ao juiz de primeiro grau a confecção de uma sentença que, sem força cogente, torna ainda mais moroso o processo e aumenta a capacidade laboral dos tribunais. Neste sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 126):

Trata-se de um sistema que nega poder ao juiz de primeiro grau, pois o impede de decidir isoladamente as demandas, inclusive aquelas particularmente caracterizadas pela discussão de fatos, para as quais o juiz que tem contato direto com a prova é sabidamente mais preparado para decidir(...)

O juiz de primeiro grau tem o poder para decidir e não para prolatar um projeto de decisão. Assim, o sistema espera que, em alguns casos, a parte vencida se conforme com a sentença. Não haveria lógica na estruturação de um sistema composto por um juiz e tribunal se, em toda e qualquer demanda, as partes tivessem de necessariamente chegar ao tribunal e, assim, exigir mais trabalho, tempo e despesas financeiras da administração da justiça. De modo que a lógica e a racionalidade do sistema estruturado sobre o juiz e tribunal exigem, inevitavelmente, a formação de jurisprudência estável nos tribunais de apelação e, ainda, o seu respeito por parte dos juízes inferiores.

O que se propõe neste trabalho não é a extinção do duplo grau de jurisdição, pelo contrário. Sabe-se que o julgamento por um colegiado, por pessoas mais experientes e o anseio humano de descontentamento – o que gera a necessidade psicológica de uma segunda opinião – são argumentos importantes e que devem prosperar, sob pena de imperar a injustiça.

O que se questiona aqui é a necessidade de os tribunais superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal, na interpretação da Constituição, criarem precedentes que sejam obrigatórios e que vinculem a todos os juízes, dando ao jurisdicionado a tranquilidade e segurança de que aquela questão que culminou em um precedente foi analisada, refletida por onze ministros e pacificada.

Logo, quando o juiz de primeiro grau julga uma demanda com base em um precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, esta questão dá coerência e segurança jurídica, previsibilidade, prestígio ao magistrado de primeira instância, economia e celeridade processual e justifica, no caso concreto, a relativização do duplo grau de jurisdição.

Além desta ótica, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello (2016, p. 23) trazem mais vantagens no que se refere ao respeito aos precedentes:

Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência³³. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia. Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para decidir questões já apreciadas. Conseqüentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não

concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram.

Diante destes pontos positivos, pode surgir a seguinte reflexão: o respeito à hierarquia firmada nos precedentes das Cortes Superiores, em especial, do Supremo, fere a independência do magistrado de primeira instância?

Esta questão é polêmica, mas a forma em que se posiciona é no sentido de negar esta possível indagação. Em primeiro aspecto, a hierarquia é fundamental para a estruturação dos órgãos e, em especial, no Judiciário; estruturação esta prevista na própria Constituição.

Outra importante consideração está no fato de não misturar autonomia e independência judicial com hierarquia. A opção político-jurídica que o legislador faz quando estipula uma primazia à cultura precedentalista, de forma nenhuma fere a autonomia do juiz de primeiro grau.

Veja-se: se a própria Constituição criou a hierarquia do Judiciário e deu ao Supremo Tribunal Federal o papel de intérprete maior das questões constitucionais, não pode prosperar a tese de que a observância obrigatória dos precedentes judiciais viola garantias dos magistrados.

5.3 Um exemplo clássico: a problemática da prisão em segunda instância e a não observância dos precedentes

Em uma decisão com maioria apertada, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de número 43, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de prisão em segunda instância.

Muito embora vários países adotem a prisão em segunda instância, como por exemplo a Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, Canadá, Portugal e Espanha²⁹, no Brasil não há um entendimento no que se refere ao termo “trânsito em julgado”, previsto no artigo 5º LVII dentre outros; o Supremo Tribunal Federal

Sem entrar em grandes detalhes, até porque este tópico rende uma discussão interminável, no dia 19 de dezembro de 2018 – último dia do recesso forense – o Ministro Marco Aurélio Mello concedeu uma decisão liminar que suspendeu a prisão

²⁹ Estes países e respectivos modelos foram mencionados no voto do Ministro. Teori Zacascki

em segunda instância e o reflexo disso seria a soltura de diversos presos que se encontram nesta situação.

Tal decisão, imediatamente, foi cassada pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli. O que chama atenção nesta decisão está no fato de que a liminar concedida pelo Ministro criou uma tremenda insegurança jurídica e desrespeitou um precedente do colegiado do Supremo.

A observância da eficácia horizontal dos precedentes é de suma importância para a segurança jurídica e, infelizmente, os tribunais brasileiros ainda não respeitam tal prerrogativa. Quando se trata de cultura precentalista, o julgador colegiado deve respeito ao precedente da turma ou do plenário, mesmo quando sua convicção foi vencida pela maioria.

Em especial, nota-se que não pode haver múltiplos Supremos dentro de um mesmo órgão. Não são onze “supremos” diferentes; a segurança jurídica é o fator norteador quando se confecciona os precedentes.

6 CONCLUSÃO

O constitucionalismo foi um movimento que deu novo sentido à sociedade. Este movimento nasceu a partir da noção de garantir direitos para o fim de frear os arbítrios do próprio rei. Noutras palavras, este movimento pregou a supremacia da lei frente ao rei.

Para uma melhor compreensão, foi dividido este movimento em etapas, levando em conta a peculiaridade de cada fase bem como a análise dos respectivos documentos que integraram cada momento histórico do movimento.

Dentre as fases, o neoconstitucionalismo é a mais recente e rompeu inúmeros paradigmas, a começar pela posição que a Constituição passou a ocupar em todo ordenamento, havendo três grandes mudanças de paradigma: (i) o reconhecimento de força normativa da Constituição; (ii) expansão da jurisdição constitucional e o papel que a democracia impôs às Cortes constitucionais; (iii) a complexidade do texto constitucional e o conseqüente nascimento de uma hermenêutica específica.

No tocante ao item (i), a Constituição deixou de ser uma mera carta de intenções políticas e passou a ter força normativa, transformando em bússola interpretativa, de modo que toda legislação infraconstitucional deve encontrar seu fundamento de validade no texto-maior.

Quanto ao item (ii), o constitucionalismo expandiu a jurisdição constitucional. Pelo fato das Constituições terem em seu conteúdo cláusulas genéricas, inúmeras questões da vida passaram a ter fundamento na Constituição. Como exemplo, sob o argumento de defesa da dignidade da pessoa humana, é possível falar em judicialização da política, saúde e o conseqüente encaminhamento destas questões a conseqüente levada destas questões ao Poder Judiciário.

Quanto ao item (iii), a complexidade do texto constitucional atual, sobretudo com a vigência do neoconstitucionalismo, criou a necessidade de desenvolver uma nova forma de se interpretar a Constituição.

Tal hermenêutica não é aquela tradicional, da teoria geral da ciência jurídica como um todo. A que está em tela é a hermenêutica constitucional, que prestigia os institutos constitucionais para uma melhor interpretação e conseqüente salvaguarda da Constituição.

Como fruto desta hermenêutica, surge a tese do professor alemão Peter Habermas e a necessidade de haver uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

Assim, um pressuposto basilar da hermenêutica é a necessidade de todas as pessoas serem intérpretes da própria Constituição, não estando restrito ao Judiciário ou qualquer outro órgão do Estado o papel de “descobrir” o sentido do texto constitucional. A construção do sentido da norma pode ser feita por qualquer pessoa e toda sociedade deve fazer parte deste processo.

Outra herança de extrema importância reside no fato de o constitucionalismo ter dado às Cortes Constitucionais o dever de serem a voz do direito das minorias, seja na proteção do jogo democrático, seja na defesa da Constituição. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal é o responsável por estas atribuições.

Mas a realidade brasileira deu ao Supremo grandes atribuições e a mentalidade de se confundir competências com poder, criou neste tribunal um excesso de demandas e um conseqüente prejuízo no exercício das funções. Como exemplo, a competência de juízo originário, de tribunal recursal e corte constitucional são as três grandes atribuições do Supremo, sendo que a análise recursal é a mais custosa e gera uma enxurrada de recursos na Corte.

Por exemplo, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos julga em média 100 (cem) processos por ano, cada Ministro do Supremo chega a julgar, em média 100.000 (cem mil) processos no mesmo período e isto causa reflexo importantíssimo no acesso à justiça.

No segundo capítulo foram estudadas diversas estatísticas e as conclusões feitas são as seguintes: (a) como mencionado acima, competência recursal é a mais custosa para o Supremo; (b) os órgãos da própria Administração Pública são os “clientes de carteirinha” do STF; (c) a competência recursal é ocupada, geralmente, por partes de considerado poder aquisitivo.

A fim de combater este cenário caótico, vários projetos de emenda constitucional foram estudados. Como exemplo, destacam-se dois: a PEC nº 3/2013, de autoria do senador Fernando Collor de Mello e a de número 275/2013, de autoria da Deputada Federal Luiza Erundina.

Na tentativa de combater o excesso de competência do Supremo Tribunal Federal, tais projetos de emenda buscaram deixar o tribunal com a atribuição única de Corte Constitucional, migrando diversas competências para o Superior Tribunal de Justiça e o conseqüente aumento de seus ministros. Os projetos possuem peculiaridades específicas, mas a essência é esta.

A conclusão admitida neste trabalho reside no fato de que tais emendas apenas terceirizam o problema, transferindo o caos de processos do Supremo para o Superior Tribunal de Justiça e da forma que está, há uma grave violação ao acesso à justiça, pois a grande quantidade de processos não dá a energia suficiente para o Supremo julgar, em tempo adequado, aquilo que – de fato- seria interessante que ele julgasse e o pior, tal prerrogativa torna o Judiciário extremamente moroso.

A problemática do acesso à justiça é um dos temas que mais inspiram os mais entusiasmados juristas, pois tal direito é a essência do Estado Democrático.

Sendo o Supremo um tribunal de inúmeras competências, é inevitável que o acesso à justiça seja colocado em xeque. E, foi por esta razão, que por diversas vezes o legislador buscou formas de tentar otimizar o trabalho do Supremo, com o fim de dar suporte para o tribunal desenvolver suas funções sem levar o sistema a colapso.

Como exemplo, a emenda 45/2004 intitulada como a “grande reforma do Judiciário” trouxe o instituto da repercussão geral nos recursos na Corte; a existência do prequestionamento ou até mesmo a existência das súmulas.

Muito embora estes métodos paliativos tenham ajudado na otimização do trabalho do Supremo, eles não foram capazes de dar uma solução ao problema, pelo contrário: a judicialização continuou aumentando.

Nota-se que a judicialização de questões relativas à saúde e política tem sido muito frequente nos tribunais brasileiros e isto é válido. Agora, provocar o Judiciário para levar questões que já foram pacificadas ou até mesmo não geram um conteúdo de criar um direito novo, torna o sistema caótico e foi na tentativa de buscar a solução para este problema que se propôs o quarto capítulo deste trabalho.

No quarto e último capítulo, foi estudado uma espécie de teoria geral dos precedentes judiciais, analisando a composição de um precedente, os elementos deste e a quais as vantagens do ordenamento ver na cultura precedentalista, uma forma de conciliar o acesso à justiça no Supremo e ao mesmo tempo otimizar o trabalho do tribunal e a conclusão a que se chega, é a de que é possível, a partir dos precedentes, reduzir a quantidade de recursos no STF, sem prejudicar o acesso à justiça e valorizando o juízo de primeira instância.

A medida que o Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, edificar precedentes (que, como colocado neste trabalho, são diferentes de súmulas) e for leal a eles, a tendência será a diminuição da

competência recursal do Tribunal e conseqüentemente se obterá mais energia para atribuição de tribunal constitucional.

Nota-se que os precedentes, no *common law*, são fontes normativas como a lei e sua superação é complexa, sobretudo pela segurança jurídica.

Infelizmente, a jurisprudência do Supremo tem causado insegurança jurídica, principalmente porque dentro do Supremo existem 11 (onze) “supremos” e nem mesmo os seus Ministros respeitam as decisões do plenário, tampouco precedentes.

Por fim, a conclusão deste trabalho reside nos seguintes pontos: (i) o dogma de confundir competência com poder custou caro demais ao Supremo; (ii) o julgamento de recursos é o que mais cobra do Supremo e isto inviabiliza o acesso à justiça; (iii) à medida que os precedentes judiciais firmados pelo Supremo forem respeitados, haverá segurança jurídica, valorização e força cogente das decisões dos magistrados de 1º instância e a conseqüente diminuição de recursos, valorizando a competência de Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do Direito: a nova fundamentação do direito das minorias**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed, 2010.

ANDREWS, Neil. **O modelo de processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**; tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier -2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**- 9ª Ed. São Paulo: Ícone, 2001

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; COIMBRA, Mário. **Contribuições da Europa para o controle de convencionalidade : pluralismo de avanços e problemas**. Encontro Internacional do CONPEDI Onati, Espanha, 2016. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c50o2gn1/x9u6h157/zi5n3Duq9a2Ab84n.pdf>

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**-15ª Edição. São Paulo: Editora Verbantim, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**- 7 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**; tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Emenda Constitucional nº 3/2013. Altera os artigos 91 e 103 da Constituição Federal de 1988. Disponível em : < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/110840>>. Acesso em 23 de agosto de 2018. Texto original.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 201.819-8, 2ª Turma.Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Disponível em : http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/246_Caso%20UBC%20-%20RE_201819.pdf.

BRITO, Jaime Domingues. Pessoa com deficiência e o artigo 93 da Lei n. 8.213/91. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (org). **Estudos sobre os direitos**

fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Editora Boreal, 2010
BRITO, Jaime Domingues. FOGAÇA, Matheus Vargas. **Os deveres dos tribunais no novo Código de Processo Civil e a inércia argumentativa na revogação dos precedentes. Processo, jurisdição e efetividade da justiça I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henrique Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**-2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo D´Arce ; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**- 28 Ed. São Paulo: Editora Malheiros

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional** – 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**- 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

CORTE IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1977.

CUNHA, Eduardo Maia Tenório da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Tipologia dos direitos humanos de terceira dimensão e acesso à justiça.** Revista brasileira de direito processual: RBDPro - ano 15, n 59 (jul/set.2007). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**-3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos** : da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva 2010.

DROMI, José Roberto. **La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir”**. In: ARÉVALO, Manuel Francisco Clavero (coord). El derecho público de finales del siglo: una perspectiva ibero-americana. Madrid: Fundación BBV, 1997.

FALCÃO, Joaquim; CAMARGO, Pablo de; ARGULHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em números: múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar A. CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo**, 1 ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo : Landy Editora, 2004.

FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação, Direito à comunicação**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

FERREIRA, Ruan Espínola. **O controle de constitucionalidade no direito comparado**: uma discussão sobre a legitimidade para exercer a jurisdição constitucional. Disponível em:
<www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/.../8006 > Acesso em:
11.set.2018.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n.1, jan-jul. 2003.

GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa**-1ª Ed. Birigui-SP: Editora Boreal, 2017.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**- tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**- tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JR DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

JUNIOR, Flávio Martins Alves Nunes.

LARA, Antônio Rubens Costa de. **Acesso à justiça: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de direito**. São Paulo: Editora Método, 2002.

LAZARI, Rafael de. **Manual de Direito Constitucional**- 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política no estado de direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015

LOSING, Norbert. **La Jurisdiccionalidad Constitucional em Latinoamérica**. Madrid: Editora Dykson, 2002.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo Civil Sistematizado**-4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MACHADO, Ednilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**- 1ª Ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**- 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**-5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da segurança jurídica**; MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador: Editora Jus Podivm.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.. **Processo de Conhecimento** – 12ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**-10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis** / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

MELLO, Patrícia Perrone de Campos. **Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e Prática Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, 177-208; Jul/Set.2005.

MELLO, Patrícia Perrone de Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone de Campos; BARROSO, Luís Roberto. **"Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro."** *Revista da AGU* 15.03 (2016).

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**-9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos**. Revista CEJ, nº 11, Brasília, mai./ago./2000.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat). **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do.
Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática.
Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos.
Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial. 3ª ed.
Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos.** 4.ed.
rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 7.ed.
rev. atual. São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles: princípios e regras constitucionais como
diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional-11ª Ed.** Salvador: Ed. Jus
Podivm, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional.** 1ª Ed. São
Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POZZOLO, Susanna. **Um constitucionalismo ambíguo-** tradução para o espanhol de
Miguel Carbonell. Disponível em : <http://bblio.juridicas.unam.mx>.

RAMÍREZ, Sérgio García. **La jurisprudência de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos em matéria de reparaciones.** La Corte Interamericana de
Derechos Humanos: um quarto de siglo (1979-2004). San José: CIDH, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição
constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do
serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,
2004.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. **STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.250, out./dez.2009.

SÓFOCLES. Édipo Rei- **Antígona**.-tradução de J.B de Mello e Sousa. Fonte digital, 2005.

STF. HABEAS CORPUS: HC 124.306. Relator: Ministro Marco Aurélio Melo. DJ:17/03/2017.Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso de 24 de dezembro de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em 18 de julho de 2018

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante** - 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto- o precedente judicial e a súmula vinculante?** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUPREMO em ação 2.018. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

TOMÉ, Levi Rosa. **Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella- 9ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Jurisdição constitucional; tradução de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: editora Martins Fontes, 2003.

ANEXO I: Possíveis ações levadas ao Supremo Tribunal Federal

- 1 Ação Cautelar
- 2 Ação Cível Ordinária
- 3 Ação Declaratória de Constitucionalidade
- 4 Ação Direta de Inconstitucionalidade
- 5 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
- 6 Ação Ordinária
- 7 Ação Ordinária Especial
- 8 Ação Penal
- 9 Ação Rescisória
- 10 Agravo de Instrumento
- 11 Apelação Cível
- 12 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- 13 Arguição de Impedimento
- 14 Arguição de Relevância
- 15 Arguição de Suspeição
- 16 Carta Rogatória
- 17 Comunicação
- 18 Conflito de Atribuições
- 19 Conflito de Competência
- 20 Conflito de Jurisdição
- 21 Exceção da Verdade
- 22 Exceção de Incompetência
- 23 Exceção de Litispendência
- 24 Exceção de Suspeição
- 25 Extradicação
- 26 Habeas Corpus
- 27 Habeas Data
- 28 Inquérito
- 29 Intervenção Federal
- 30 Mandado de Injunção
- 31 Mandado de Segurança
- 32 Oposição em Ação Civil Ordinária

- 33 Petição
- 34 Petição Avulsa
- 35 Prisão Preventiva para Extradicação
- 36 Processo Administrativo
- 37 Proposta de Súmula Vinculante
- 38 Queixa-Crime
- 39 Reclamação
- 40 Recurso Crime
- 41 Recurso Extraordinário
- 42 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
- 43 Recurso Ordinário em Habeas Corpus
- 44 Recurso Ordinário em Habeas Data
- 45 Recurso Ordinário em Mandado de Injunção
- 46 Representação
- 47 Revisão Criminal
- 48 Sentença Estrangeira
- 49 Sentença Estrangeira Contestada
- 50 Suspensão de Liminar
- 51 Suspensão de Segurança
- 52 Suspensão de Tutela Antecipada

ANEXO II- PEC 275/2013

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. A Seção II do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal passa a denominar-se Da Corte Constitucional.

Art. 2º. Os artigos 101 e 102 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 101. A Corte Constitucional compõe-se de quinze Ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada, escolhidos entre cidadãos de mais de quarenta e menos de sessenta anos. § 1º Os Ministros da Corte Constitucional serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplices de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 2º As listas tríplices dos candidatos provenientes da magistratura e do Ministério Público serão compostas, alternadamente, de magistrados e membros do Ministério Público, federais e estaduais. § 3º Os Ministros da Corte Constitucional elegerão bienalmente o seu Presidente.

Art. 102. Compete à Corte Constitucional, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar: I – originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, inclusive o pedido de medida cautelar;

b) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional; c) a argüição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente da Constituição; d) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais; II – julgar em recurso extraordinário as causas decididas por um tribunal superior, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1º Declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, em sessenta dias se se tratar de órgão do Poder Legislativo, e em trinta dias se de órgão

administrativo. § 2º Julgada a arguição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente desta Constituição, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática ou omissão dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito ou preceitos fundamentais. § 3º O Regimento Interno da Corte Constitucional regulará o processamento dos embargos declaratórios de seus acórdãos, excluído qualquer outro recurso não previsto nesta Constituição. § 4º As decisões definitivas de mérito, proferidas pela Corte Constitucional, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 5º 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.”

Art. 3º. Os artigos 104 e 105 caput da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, sessenta Ministros. § 1º Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplices de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 2º As listas tríplices dos candidatos provenientes da Magistratura e do Ministério Público serão compostas, alternadamente, de magistrados e membros do Ministério Público, federais e estaduais.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: a) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros da Corte Constitucional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos demais Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; c) nos crimes comuns os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os dos

Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; d) os mandados de segurança e os habeas-corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores, ou contra ato do próprio Superior Tribunal de Justiça ou outro Tribunal Superior, ou autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição da Corte Constitucional ou do Superior Tribunal de Justiça; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; g) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; h) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; i) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos, ou sejam direta ou indiretamente interessados; l) os conflitos de competência entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; m) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Superior Tribunal de Justiça; n) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; o) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

p) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias. II – julgar em recurso ordinário: a) o habeas-corpus, o mandado de segurança, o habeas-data e o mandado de injunção, decididos em única ou última instância pelos demais Tribunais Superiores, pelos Tribunais Regionais Federais ou os Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, se denegatória a decisão; b) o crime político; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. III – julgar em recurso especial as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Art. 4º. Os atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal passarão a compor, de pleno direito, a Corte Constitucional, providenciando-se a nomeação dos demais Ministros, de acordo com o disposto no art. 101 da Constituição Federal, na redação dada pela presente Emenda Constitucional. A atual composição do Superior Tribunal de Justiça permanecerá a mesma, providenciando-se a nomeação dos futuros Ministros de acordo com o disposto no art. 104 da Constituição Federal, na redação dada pela presente Emenda Constitucional.

Art. 5º. Fica revogado o atual art. 103-A desta Constituição, renumerando-se o artigo seguinte como 103-A, cujo caput, inciso I passa a ter a seguinte redação:

“Art. 103-A. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I – o Presidente da Corte Constitucional; [...]”

Art. 6º. Os artigos 12, § 3º, IV; 52, II; 96, II e 103, parágrafo 1º desta Constituição passam a ser redigidos como segue, revogando-se o § 3º do art. 103:

“Art. 12.– ... § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: ... IV – de Ministro da Corte Constitucional;

Art. 52.– Compete privativamente ao Senado Federal:

II – processar e julgar os Ministros da Corte Constitucional, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Art. 96.– Compete privativamente: ... II – ao Superior Tribunal de Justiça, aos demais Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos Tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;”

Art. 103.– ... § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência da Corte Constitucional. ...”

Art. 7º – É acrescentado o § 8º ao art. 125 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

“§ 8º Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os membros do Tribunal de Contas do Estado ou do Distrito Federal, bem como os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios do Estado.”

Art. 8º. O Capítulo I, do Título I da Parte Terceira da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a ser intitulado Dos Ministros da Corte Constitucional, e o caput do seu art. 39 fica assim redigido: “Art. 39 – São crimes de responsabilidade dos Ministros da Corte Constitucional: ...”

Art. 9º. Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.