

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COLETIVO

CONSTITUTIONAL CONTROL COLLECTIVE

*Vicente de Paula MACIEL JUNIOR**

*Daniel de Almeida ROCHA***

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Bases teóricas; 3. Controle de Constitucionalidade e Abstrativização do Controle Concreto; 4. Processo Coletivo e Controle de Constitucionalidade Coletivo; 5. Conclusões; 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Percebe-se uma crescente teórica no sentido de se admitir a objetivação das decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em grau de Recurso Extraordinário, estendendo-se os efeitos do provimento que seriam *inter partes* para *erga omnes*. Parecem defender que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, extrapola o âmbito dos interesses individuais, o que justificaria a abstrativização do controle concreto. Formula-se existir uma série de equívocos nessa proposta, a exigir várias revisitações. Preconiza-se que o controle de constitucionalidade deve ser pensado a partir dos avanços teóricos alcançados em teoria do processo e teoria da constituição. Por isso, desenvolver-se-á, em linhas iniciais, uma proposta de controle de constitucionalidade que se oriente por esses avanços.

ABSTRACT: It can be seen a growing theoretical in order to admit the objectivity of decisions taken in the Supremo Tribunal Federal, on extraordinary appeal, extending the effects of filling between the parties for all citizens. Seem to argue that the actions of the Supremo Tribunal Federal, on extraordinary appeal, is beyond the scope of individual interests, wich would justify making abstract the concrete control. There develops a series of mistakes in the proposal to require several testifying. It is advocated that control of constitutionality must be thought from the theoretical advances made in process theory and theory of the constitution. Therefore, it will develop in the opening lines, a proposed constitutional control that is driven by these advances.

* Pós-doutorado pela Universidade de Roma La Sapienza, Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1996) e Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1989). Juiz do trabalho e Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

** Mestrando em Direito Processual pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Empregado público e Advogado. Artigo submetido em 27/05/2011. Aprovado em 06/06/2011.

REVISTA ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 14	P. 169 – 183	2011
--------------------------	-------------	-------	--------------	------

PALAVRAS-CHAVES: Controle de Constitucionalidade – Objetivação do Controle Difuso - Processo Coletivo.

KEYWORDS: Judicial Review - Objectification of Concrete Control - Collective Process.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo precípuo testificar, através de uma racionalidade crítica, o controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo previsto na Constituição Federativa do Brasil.

Para tanto, buscar-se-á estabelecer, a partir de revisão bibliográfica, os pontos de partida que direcionam as críticas que serão formuladas, como forma de garantir maior cientificidade ao presente trabalho.

Imprescindível analisar o conceito de Constituição a partir de uma proposta de Estado Democrático de Direito, avaliando a importância da existência de procedimentos aptos ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Definida a importância dos procedimentos previstos para o controle de constitucionalidade, aprofundar-se-á na testificação do controle jurisdicional repressivo difuso e concentrado, evidenciando aporias existentes, sobretudo na tendência de se objetivar as decisões proferidas em recurso extraordinário.

Como solução para as aporias evidenciadas, formular-se-á uma proposta de controle de constitucionalidade coletivo, estabelecendo-se linhas gerais de uma estrutura procedimental apta a abarcar os avanços teóricos alcançados em teoria do processo e teoria da constituição.

Para tanto, envidar-se-á diligências no estudo do processo coletivo, apresentando proposições necessárias para o embasamento da proposta de controle de constitucionalidade coletivo que será apresentada.

2. BASES TEÓRICAS

Adotando a teoria do conhecimento objetivo formulada por Karl Popper (1999), conclui-se que qualquer pretensão de cientificidade do presente artigo, além do esforço de refutação acima explicitado, passa pelo necessário esclarecimento dos pontos de partida fixados como base das críticas que serão formuladas. Por isso, valer-se-á deste tópico para apresentação das bases teóricas direcionadoras de todas as formulações que serão propostas.

Ainda em Popper (1959), é possível compreender o quanto o pensamento de Platão influenciou a forma de pensar do ocidente, estabelecendo como metas da ciência o alcance de verdades absolutas imutáveis. Dentro de uma proposta de filosofia da consciência, o método científico adotado para a construção do conhecimento era fundado na relação sujeito-objeto.

Apenas a partir da reviravolta lingüística promovida pela filosofia, com destaque para os estudos do segundo Wittgenstein, Heidegger, Gadamer, Apel e

Habermas, rompeu-se com o método sujeito-objeto, para se pensar o conhecimento a partir da relação linguagem-mundo, inaugurando-se uma proposta de filosofia da linguagem.¹

Com os estudos desenvolvidos pelos estudiosos alhures, colocou-se em xeque a proposta de filosofia da consciência (relação sujeito-objeto), para demonstrar a importância da Linguagem, na sua função argumentativa, como construtora do conhecimento.

Tendo essa nova proposta, a filosofia da linguagem, como ponto de partida, foi possível verificar a falibilidade e limitação humana, e desmascarar o mito das verdades imutáveis, para uma proposição de verdades provisórias, passíveis de testificação e refutação por todos, mediante uma racionalidade crítica.

Dentro dessa concepção, o conhecimento é alcançável, não pela consciência de apenas um sujeito, mas a partir da confrontação de seu pensamento com as várias outras visões de mundo dos demais sujeitos, sendo a linguagem responsável pelo intermédio intersubjetivo desse processo.

No âmbito da ciência do direito, os avanços propostos pela filosofia da linguagem alcançaram destaque com o trabalho de Habermas (v.2, 1997), que, em síntese, vinculou a legitimidade do direito ao sentimento de co-autoria dos seus destinatários. Assim, o direito apenas pode ser legítimo, segundo Habermas, se construído de forma intersubjetiva entre os sujeitos que sofrerão os seus efeitos.

Sem adentrar nas aporias da teoria habermasiana, por não ser objeto do presente artigo, é inegável o avanço trazido pelo autor para ciência do direito exatamente por possibilitar um ponto de revisitação de várias teorias vinculadas ainda a uma proposta de filosofia da consciência.

Grande destaque merece o avanço alcançado com a superação dos paradigmas de Estado Liberal e Estado Social para a implantação do Estado Democrático de Direito. Neste, espera-se que o direito tenha como objetivo a integração do ser humano, promovendo a possibilidade do convívio entre diferentes, mediante a síntese em lei jurídica daquilo que é lícito, qualificando as condutas como devidas, permitidas ou vedadas. O adjetivo democrático pode ser atribuído àquele direito que resulta de procedimentos de criação e aplicação nos quais se permite aos destinatários a participação discursiva, mediante a observância dos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia.

No âmbito do direito processual, o referido avanço possibilitou revisitar a teoria do processo como relação jurídica, superando-se a concepção de processo como mero instrumento de atuação do Estado-Juiz.

Sobre o tema, em obra de extrema clareza, o professor André Cordeiro Leal, demonstra a fragilidade da teoria do processo como relação jurídica, apresentado aporia que, de Bülow aos seus atuais seguidores, ainda não foi solucionada. O erro está em conceituar jurisdição como atividade do juiz e, de forma tautológica, definir processo como instrumento de atuação da jurisdição, sem explicar como se controla a atividade jurisdicional. (LEAL, 2008, p. 60).

¹ Sobre o tema, indica-se a excelente obra de Manfredo de Oliveira (OLIVEIRA, 1996. 427 p.).

Nesse ponto, percebe-se a influência da superada filosofia da consciência na formulação da teoria alhures, uma vez que se deposita na consciência de um sujeito o exercício de aplicação do direito, mediante a utilização do processo como instrumento para se alcançar uma solução capaz de promover a paz social.

Todo esse pensamento vai de encontro aos avanços trazidos pela filosofia da linguagem, pela teoria discursiva habermasiana e a proposta de implantação de um Estado Democrático de Direito.

Por isso, para testificação do controle de constitucionalidade jurisdicional previsto no ordenamento jurídico brasileiro, adotar-se-á uma teoria do processo adequada a todos os avanços teóricos apresentados acima.

Partindo dos estudos desenvolvidos por Elio Fazzalari (1996), percebe-se que, em Ciência do Processo, não é a Jurisdição o tema central, como pretende Dinamarco (2002, p. 92-98), mas sim, o Processo deve ser o cerne dos estudos.

Essa mudança de foco permite avanços teóricos significativos, visto a possibilidade de apresentar um conceito de Processo que se desvincule do conceito de Jurisdição. Permite ainda estabelecer esclarecimento quanto à diferença existente entre Processo e Procedimento.

Sobre o conceito de procedimento, Aroldo Plínio Gonçalves, valendo-se dos estudos de Fazzalari, diz que

[...] procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto (GONÇALVES, 1992, . 112).

Interessante constatar que o conceito de procedimento apresentado não se limita a atividade de aplicação do direito, ou seja, ao procedimento judicial. Fazzalari, tendo o processo como centro de sua pesquisa, inaugura a perspectiva da ciência do processo para os procedimentos legislativos e administrativos.

O limite da teoria fazzalariana foi não promover a aproximação dos conceitos de Processo e Constituição como fizeram Couture (1948-1950), Fix-Zamudio (1974) e Baracho (1984). Assim, aproveitando-se dos avanços teóricos trazidos por um e por outros, é possível entender o processo, não mais como instrumento da jurisdição, mas sim, como

instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, da anterioridade da lei, do dever da jurisdição, do direito ao advogado, da liberdade incondicionada de requerer. (LEAL, 2009, p.159).

Identificadas as bases teóricas, necessário identificar os avanços teóricos alcançados em teoria da constituição, sobretudo para se verificar a importância de

existência de procedimentos aptos ao exercício do controle de constitucionalidade.

Nesse desiderato, encontra-se na tentativa de superação do Estado de Polícia, esse fundado em perspectivas de autoritarismo, vinculação do poder à religião e soberania centrada no monarca, o desenvolvimento do constitucionalismo². Esse movimento teórico propiciou a implantação do Estado de Direito, que tinha a constituição como instrumento de limitação do poder político e garantia de direitos fundamentais dos indivíduos.

Com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo³, percebe-se um avanço referente à importância das constituições em relação à proposta até então firmada pelo constitucionalismo. As constituições passam a ocupar o centro dos ordenamentos jurídicos, a conter força normativa em suas regras e princípios, e a constituir-se em referente de construção e aplicação das normas infraconstitucionais. A partir de então, o próprio legislador ordinário, em contraposição ao princípio da supremacia do parlamento, prevalente, até então, nos sistemas jurídicos romano-germânicos, ficou limitado ao texto constitucional. (BARROSO, 2009, p.264)

Destarte, a estruturação de um Estado Democrático de Direito por uma comunidade política que pretenda uma constituição rígida, pautada no marco teórico do neoconstitucionalismo, necessita da previsão de procedimentos aptos a garantia de observância das normas constitucionais, com a definição de órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade.

Toda atividade teórica de desenvolvimento de técnicas para controle de constitucionalidade devem visar à solução do problema referente à possibilidade de criação de ato normativo ou lei que contrarie o texto constitucional. Os estudos desenvolvidos devem ter como objetivo formular técnicas que garantam que a constituição permaneça como centro do ordenamento jurídico-normativo e seja o referente de interpretação para construção e aplicação das normas infraconstitucionais.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Marcelo Alkmim (2009, p237-231) demonstra com clareza que as técnicas de controle de constitucionalidade já vêm sendo utilizadas nos sistemas jurídico-normativos brasileiros desde a constituição de 1891. Entretanto, notório observar que o texto constitucional de 1988 inaugura um controle de constitucionalidade ímpar pela amplitude, no qual subsiste controle preventivo e repressivo jurisdicional. No procedimento de criação das leis, identifica-se o controle de constitucionalidade com o relatório desfavorável da Comissão de Constituição e Justiça ou com o veto presidencial. Ainda de forma prévia é possível verificar a

² Também nesse sentido “as idéias de controle e limitação do Poder Político pelos soberanos e a necessidade de se estabelecer, expressamente os direitos, por serem fundamentais ao ser humano são inexpugnáveis e intangíveis pelo Estado, ensejaram o estabelecimento do constitucionalismo” (ROCHA, 1991, p. 20).

³ Conforme Barroso, as constituições da Itália de 1947 e Alemanha de 1949 são os marcos históricos relacionados ao neoconstitucionalismo. (BARROSO, 2009. p.245-246).

possibilidade de controle de constitucionalidade jurisdicional com o julgamento de mandado de segurança impetrado por parlamentar que entenda existir vício de constitucionalidade na tramitação de emenda constitucional.

Para o presente artigo, como já anunciado no tópico inicial, interessa-se pela análise do controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo⁴, que, conforme dita o texto constitucional pode ser exercido de forma concentrada ou difusa.

Nesse sentido, necessário identificar as bases teóricas que proporcionaram o desenvolvimento dessas duas formas de controle jurisdicional, averiguando-se os modelos que conduziram sua implantação na constituição brasileira.

Assim, são dois os modelos de controle de constitucionalidade que se desenvolveram com maior força teórica, influenciando os textos constitucionais atuais no que tange a previsão de técnicas para eficácia da constituição: o modelo norte-americano e o modelo austríaco.

O modelo norte americano, que tem como principal marco o caso *Marbury v. Madison*, definiu ser possível que qualquer órgão jurisdicional ordinário poderia exercer o controle de constitucionalidade mediante provocação de qualquer indivíduo. Dentro da proposta desse modelo, a decisão que encerra o procedimento de controle tem eficácia declaratória e produz efeitos *ex tunc*. O ato normativo é declarado nulo, ineficaz, desprovido de força vinculativa. (BONAVIDES, 311-316).

O modelo austríaco, por sua vez, que teve forte influência do pensamento de Kelsen, e que foi implantado com a promulgação da constituição austríaca de 1920, estabeleceu que o controle de constitucionalidade das leis deveria ser exercido por um órgão independente, mediante instauração de procedimento de controle por uma autoridade política ou pública, pelos tribunais ou pelos indivíduos. Dentro desse modelo, a decisão que encerra o procedimento de controle tem eficácia constitutiva e efeitos *ex nunc* e *erga omnes*. O ato normativo é anulado pelo provimento. (BARACHO, 2006, p. 23-44).

No caso brasileiro, a coexistência desses dois modelos exigiu a necessidade de se adotar uma teoria quanto ao plano de validade e eficácia da lei ou ato normativo inconstitucional. Como visto acima, se seguido o modelo norte-americano adotar-se-ia a teoria da nulidade, e por sua vez, se seguido o modelo austríaco adotar-se-ia a teoria da anulabilidade. A opção dos estudiosos do tema no Brasil se deu pela teoria da nulidade, contudo, com a possibilidade de flexibilização, modulando-se os efeitos da decisão, diante de tensão entre princípios constitucionais. (PIMENTA, 2009, p.234-235).

Enfrentando o controle de constitucionalidade difuso, previsto no ordenamento brasileiro, é possível entender que qualquer indivíduo⁵ pode argüir em procedimento judicial, como causa de pedir processual, a inconstitucionalidade

⁴ Vale mencionar a existência de controle de constitucionalidade repressivo que não seja jurisdicional. Existe previsão no texto constitucional de controle repressivo exercido pelo Legislativo e pelo Executivo. Cf. (LENZA, 2010, p. 217-220).

⁵ Auferida a legitimidade para agir, conforme previsão na legislação processual.

de lei ou ato normativo federal ou estadual. Ressalvados os aspectos de competência previstos nas legislações processuais, a regra é que qualquer juízo ou tribunal pode exercer esse controle. Em última instância, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar o Recurso Extraordinário passível de interposição. Uma vez que a decisão de Recurso Extraordinário se dá em procedimento individual, eventual declaração de inconstitucionalidade apenas afetará aqueles que sofrerão os efeitos da decisão. Para que os efeitos dessa decisão sejam estendidos a todos, a Constituição exige que o Senado Federal suspenda a execução da lei, conforme artigo 52, inciso X.

Partindo das bases teóricas apresentadas no tópico dois, acredita-se não haver qualquer aporia, no plano teórico, quanto aos limites dos efeitos da decisão àqueles que participaram de sua construção. Essa idéia consubstancia-se com a proposta habermasiana de legitimidade. No plano técnico, poder-se-ia imaginar um limite da técnica de controle de constitucionalidade difuso, visto esse exigir a instauração de inúmeros procedimentos judiciais individuais para acerto de uma questão que afeta um número indeterminado de sujeitos. Certamente, esse parece um problema técnico a ser resolvido.

Nesse sentido, verificam-se estudos (DIDIER JR., 2006) que pretendem, em nome de “economia processual” e “efetividade do processo”⁶ que as decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário tenham efeitos *erga omnes*. Os principais argumentos para a defesa da abstrativização do controle difuso, além dos dois acima expostos, são: a força normativa da Constituição; a aplicação uniforme do princípio da supremacia da constituição a todos os destinatários; o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e seu intérprete máximo; a dimensão política das decisões do Supremo Tribunal Federal. (LENZA, 2010, p. 233).

Alias, é crescente o entendimento, no próprio Supremo Tribunal Federal⁷, da possibilidade de “abstrativizar” o controle de constitucionalidade difuso. Entendem seus defensores (ZAVASCKI, 2009, p. 187) que a atuação desse tribunal no controle de constitucionalidade transcende do “interesse individual” para o “interesse público”, o que justificaria a ampliação dos efeitos *inter parte* para *erga omnes*.

Aqueles que defendem ser possível a abstrativização do controle de constitucionalidade difuso demonstram, nitidamente, adotar marco teórico já superados em teoria do processo e teoria da constituição, conforme restou demonstrado no tópico dois. Estão a pensar dentro de uma proposta de filosofia da

⁶ Não entenderam, porém, que não é o processo que deve ser efetivo, a efetividade visada deve ser a efetividade do direito, como bem já evidenciou o professor Fernando Horta Tavares (2007, p. 111-118). Para melhor compreensão da idéia acima, defende-se que a efetividade do direito pode advir por duas vias, a primeira mediante a observância dos destinatários das normas da licitude de suas condutas. Diante da inobservância do destinatário, o acerto do direito se dá mediante a instauração de procedimento judicial por aquele que se sinta prejudicado, ou a ser prejudicado, pela ilicitude da conduta de outrem. Nessa hipótese, exige-se a efetividade dos procedimentos, como técnica prevista no direito, com aptidão para acertar e satisfazer o direito pleiteado.

⁷ No STF Julgamento do caso “Mira Estrela” e “progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos”.

consciência. Nessa o papel desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, é o do cientista platônico, ou seja, aquele (sujeito) que visualiza o problema (objeto), e a partir de sua posição privilegiada alcança a solução (verdades absolutas irrefutáveis). Essas decisões são construídas de forma solipsista entre a “assembléia de especialistas” e, normalmente, serão impostas àqueles que sofrerão os seus efeitos, revelando seu caráter autoritário. Serão também decisões limitadas, uma vez que a solução construída limitou-se a poucas visões de mundo, impossibilitando testificações e refutações.

Em um Estado que se pretenda o direito democrático, a busca de construção de decisões deve observar dois aspectos primordiais, inobservados no exemplo acima: a ampliação de visão e a legitimidade das decisões. Como ampliação de visão, entende-se que a análise não se limitará a um objeto, e sim, ampliar-se-á a uma análise de visões de mundo, em sintonia com a pretensão de uma constituição aberta e de uma sociedade embasada no pluralismo⁸. Como legitimidade, entende-se que as decisões não serão respeitadas porque foram tomadas por uma autoridade, mas sim, porque todos aqueles que sofrerão seus efeitos puderam participar de sua construção.

Destarte, não é possível defender que uma decisão de um órgão jurisdicional afete os destinatários da ordem constitucional, sem que esses participem, ou, seja oportunizada a participação na construção dessa decisão de controle de constitucionalidade.

Com as refutações apresentadas à proposta de abstrativização, pretende-se apenas demonstrar o descabimento de sua aplicação. Entretanto, as críticas formuladas não resolvem o problema técnico apresentado quanto à necessidade de inúmeros procedimentos judiciais individuais para o acertamento de uma situação de direito que envolva a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Esse esforço será envidado no tópico quatro.

Enfrentando o controle de constitucionalidade concentrado, é possível entender a possibilidade de instauração de procedimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional pelos legitimados descritos no artigo 103 da constituição, com o objetivo de se alcançar um provimento que acerte questão sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo essa decisão efeitos *erga omnes*. A idéia central é propiciar procedimentos não individuais, pelos quais os representantes adequados dos cidadãos sejam autorizados a pleitear acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Com a proposta de controle de constitucionalidade concentrado, soluciona-se o problema da proliferação de inúmeros procedimentos individuais, uma vez que em um único procedimento ter-se-á resolvido o conflito constitucional

⁸ “... como multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre vida digna...” (CITTADINO, 2000, p.8).

em questão. Contudo, a limitação dos legitimados e a impossibilidade de participação de todos os interessados fazem surgir a necessidade de se levantar as mesmas críticas formuladas para a abstrativização do controle difuso no que tange a legitimidade das decisões.

Interessante notar que os procedimentos de controle de constitucionalidade concentrado se amoldam a proposta de processo coletivo, sendo que alguns estudiosos⁹ assim o defendem por entender que o controle de constitucionalidade é algo que implica em interesse público, e não individual.

Considerando essa visão, corrobora-se que o controle de constitucionalidade concentrado se desenvolve em procedimentos orientados pelo processo coletivo. Porém, é preciso revisitar alguns aspectos teóricos no que tange aos estudos do processo coletivo, como forma de adequação aos marcos teóricos adotados, para se propor o processo coletivo como condutor da técnica de controle de constitucionalidade a ser consolidada no ordenamento jurídico-normativo brasileiro.

4. PROCESSO COLETIVO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COLETIVO

A sistematização dos estudos de direito processual, que se iniciou com Bülow e ganhou maior cientificidade com os estudos de Fazzalari¹⁰, sempre teve preeminência no desenvolvimento de técnica de aplicação do direito na solução de conflitos individuais. Desta forma, quase toda a teorização de instituições, institutos e princípios partiram de uma proposta individualista, no sentido de elaboração de técnica apta para resolução de conflitos relacionados a um “interesse individual”.

Entretanto, a referida técnica teorizada não se mostrou capaz para solucionar as novas situações jurídicas decorrentes da evolução da vida em sociedade e da crescente produção legislativa dos chamados direitos difusos e coletivos.

Como bem evidenciado pelo professor Vicente Maciel, a tentativa natural dos estudiosos foi de aplicação dos institutos do processo civil de matriz individualista aos novos direitos surgidos (2006, p. 187). Contudo, se na própria elaboração da técnica processual individual já se evidenciou aporias no plano teórico, conforme tópico dois, a apropriação dessa técnica para solução do problema relacionado aos direitos coletivos e difusos de certo não alcançaria solidez.

Por isso, formula-se que o processo coletivo deva ser pensado dentro dos marcos teóricos apresentados em tópico alhures, e essa formulação pode ser encontrada dentro da proposta de processo coletivo desenvolvida pelo professor Vicente de Paula Maciel Junior.

⁹ Nesse sentido (NERY JR., NERY, 2002, p. 1396; BRAGA, DIDIER JR., OLIVEIRA, 2007; ALMEIDA, 2003, p. 140).

¹⁰ Sobre a proposição da ciência do processo ter se iniciado com Fazzalari, ver a obra de André Leal (LEAL, 2008, p. 110).

Para elaboração de suas proposições, o citado autor rompe com conceitos sedimentados de interesse e direito. Assim, diferente do que preconizou Ihering, para Vicente o interesse é a manifestação unilateral de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens. O direito, por sua vez, deve ser compreendido como resultado de um procedimento de “[...]validação racional da manifestação do interesse da parte em face do ordenamento jurídico” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 54).

Nesse sentido, o referido autor preconiza não ser possível se falar em interesse coletivo, difuso ou individual homogêneos. O interesse é sempre individual. Correto se pensar que uma circunstância de fato pode atingir diversos interessados, podendo gerar nos interessados uma mesma vontade em face de um bem. Assim, define a existência de interessados difusos, interessados coletivos e interessados homogêneos. Para melhor compreensão, vale citação direta

Se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o número de interessados individuais no mesmo estaremos diante de interessados difusos. Se o fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado teremos os interessados coletivos. Se, por outro lado, o fato atinge um número determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, temos os interessados homogêneos. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 58).

Ora, dentro dessa concepção é possível defender que em relação a uma mesma circunstância fática que atinja interessados difusos¹¹ não há como definir que os interesses, ou seja, a manifestação de vontade em relação a um bem serão os mesmos. Por isso a fragilidade em se defender o modelo de representação adequada, como fez Vigoriti (1979). Não é possível, se pensar, avaliando o caso brasileiro, por exemplo, que o Ministério Público representa adequadamente todos os interesses dos interessados difusos.

Por isso o professor Vicente assevera que

Esses modelos de representação adequada que ainda subsistem são desastrosos para o desenvolvimento da Ciência do Direito Processual Coletivo, porque mantêm um paradigma onde os legitimados naturais da demanda coletiva estarão excluídos da oportunidade de participarem dela. Ou seja, aqueles que sofrerão os efeitos do provimento não participam do contraditório. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 188)

¹¹ Dedicar-se a relacionar o exemplo apenas aos interessados difusos, visto que para os interessados difusos, podem existir procedimentos definidores da vontade geral do grupo associado, vontade essa que prevalecerá, se construída conforme estatuído. Quanto aos interessados homogêneos, assim são considerados exatamente por seus interesses coincidirem em relação a uma mesma circunstância fática.

Como proposta, o citado autor formula procedimento apto a superar as críticas apresentadas. Preconiza que diante de um problema relacionado a um direito difuso, qualquer interessado poderia demandar através da instauração de uma “ação coletiva”. Os vários interessados na mesma ação poderiam participar do procedimento manifestando interesses a favor ou contrários, resgatando-se a legitimação para agir de todos os interessados. A citação dos interessados se daria mediante a publicação de edital para alteração e formação do mérito, contendo o tema, questões específicas, abrangência territorial e prazo para manifestação. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 188-189).

Trazendo a proposta desenvolvida pelo professor Vicente para o âmbito do controle de constitucionalidade, é fatídico notar que a criação de lei ou ato normativo inconstitucionais constitui-se em ato jurídico passível de causar dano a um número indeterminado de indivíduos. Por exemplo, suponha-se que a assembléia legislativa de Minas Gerais publique lei em desacordo com o texto da Constituição Federal. Indeterminado é o número de interessados em relação aos danos que a inconstitucionalidade da lei possa ocasionar.

Dentro da técnica de controle de constitucionalidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro, o controle poderia ser exercido de forma individual, por via do controle difuso, ou poderia ser exercido de forma coletiva, por via do controle concentrado.

Valendo-se dos estudos desenvolvidos pelo professor Vicente, é possível defender que o acertamento do direito em relação à declaração de constitucionalidade da lei citada no exemplo, seja realizado em uma “ação temática”. Ora, a qualquer interessado na declaração de inconstitucionalidade da lei seria oportunizada a instauração do procedimento. No exemplo, ter-se-ia como tema central o controle de constitucionalidade, como questão específica a publicação de lei que se entende inconstitucional, por fim, o local que seria Minas Gerais. Instaurado o procedimento, publicar-se-ia edital fixando-se prazo para alteração e formação do mérito. A todos os interessados, seria oportunizada a participação na construção da decisão.

Quanto à proposta, não se trata de uma mera ampliação dos legitimados para propositura do controle de constitucionalidade concentrado, visto que neste, a participação de outro interessado que não o propositor é oportunizada apenas ao Ministério Público, se não for o requerente, e ao *amicus curie*.

Outrossim, analisando-se a hipótese de que a questão constitucional no controle difuso é apenas causa de pedir processual, entende-se que a instauração de procedimento individual com controle de constitucionalidade por exceção, poderia, por si só significar a instauração de controle de constitucionalidade coletivo. Assim, suspender-se-ia a análise do mérito do procedimento individual, enquanto tramitasse a “ação temática” de controle de constitucionalidade.

Talvez por essas formulações se chegasse uma boa técnica de controle de constitucionalidade adequada aos avanços teóricos alcançados. Eventuais discussões acerca da possibilidade de se realizar esse projeto no plano prático

devem ser também avaliadas por ciências vinculadas à computação, automação, administração, dentre outras.

5. CONCLUSÕES

Encerra-se o presente trabalho com a certeza de não se ter alcançado o esgotamento do tema. Como já anunciado no tópico inicial, a proposta era apenas refutar algumas proposições relacionadas ao controle de constitucionalidade, para apresentar de forma bem inicial proposições que se pretende mais apropriadas.

Preocupou-se, para tanto, em definir os marcos teóricos com o fim de traçar cientificidade ao trabalho e criar ponto de partidas firmes para formulação das críticas que foram direcionadas a como se tem pensado a técnica de controle de constitucionalidade no Brasil.

Diante da preocupação com o aspecto epistemológico, viu-se as conquistas teóricas nas temáticas da ciência do direito, especificamente nas áreas relacionadas à teoria do processo e à teoria da constituição.

Preconizou-se que essas conquistas teóricas ensejam na necessidade de se repensar todo o direito positivo, visando adequação, ou manutenção de coerência, entre esses avanços – que estão abarcados no texto constitucional de 1988 com a proposta de Estado Democrático de Direito - e as técnicas de operacionalização do direito também normatizadas.

Viu-se que, apesar de o sistema jurídico-normativo brasileiro prever um amplo controle de constitucionalidade, ainda existe restrições de acesso aos destinatários do provimento de controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo. E, na contramão dos avanços teóricos identificados, vários autores têm apresentado proposições que restringem ainda mais a participação, elegendo poucos como os intérpretes da constituição.

Nesse sentido, viu-se que a proposta de abstrativização do controle difuso encontra resistência em avanços teóricos que não podem ser desprezados em nome de uma suposta efetividade da constituição e do processo. No mesmo desiderato, percebeu-se que o controle abstrato apresenta problema de mesma ordem ao trabalhar com limitação de legitimados.

Por essas razões, defendeu-se que a maneira mais adequada para o exercício de controle de constitucionalidade repressivo jurisdicional seria aquela que partisse da proposta de “ações temáticas”, teoria desenvolvida pelo professor Vicente de Paula Maciel Junior relacionada a teoria do processo coletivo.

Entendendo-se que a constitucionalidade das leis e atos normativos apresenta uma indeterminação de interessados, melhor seria pensar o controle de constitucionalidade como algo além do âmbito individual.

Por essa razão, considerando-se a existência de interessados difusos pela constitucionalidade das leis e atos normativos, a técnica de controle de constitucionalidade deve ter como marco teórico uma teoria relacionada ao processo coletivo.

Destarte, construindo-se proposições a partir da teoria das “ações

temáticas”, chegou-se a teorização de um controle de constitucionalidade pautado na participação de todos os interessados como garantia de observância da legitimidade do direito pelo sentimento de co-autoria das decisões tomadas.

Entretanto, sabe-se que as formulações a respeito ainda são incipientes, exigindo trabalho mais árduo para se ter formulações sólidas, passíveis de enfrentamento das críticas necessárias que surgirão.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagrade. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio: Forense, 1984.

_____. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. 882p.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. v. 1. 480p.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1948-1950. 1v.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Objetivação do recurso extraordinário*, Transformações do recurso extraordinário, In: Processo e constituição. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr, Tereza Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006. p.104/121.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 413 p.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: A. Milani, 1996. 739p.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamerica. Estudios Comparativos. Derecho Latinoamericano*. Serie D. Numero 5. México: UNAM. 1974.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992. 197 p.

HABERMAS. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2. 352p.

LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Madamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008. 163p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 350 p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. 1024 p.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. 224 p.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Códigos de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 6. Ed. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *A reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. 427 p.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 347 p.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*; Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia, 1999. 394 p.

_____. *Sociedades Abertas e Seus Inimigos*. v. 1. tradução de Milton Amado. Belo Horizonte : Ed. Itatiaia, 1959.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e Processo*. In: Tavares, Fernando Horta. (Org.). *Urgências de Tutela, Processo Cautelar e Tutela Antecipada: Reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático de Direito*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007, v. 1, p. 111-118.

ZAVASCKI, Teori. A. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. 1. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.