Anomia do processo constitucional objetivo

Renato Gugliano Herani

Sumário

Introdução. 1. Realidade e normatividade constitucional: um modelo estruturante? 2. Percurso histórico: os sistemas clássicos de constitucionalidade. 3. Sistemas derivados: *tertinum* e *quartum genus*. 4. Supremo Tribunal Federal – *sui generis* Tribunal Constitucional – e o processo constitucional objetivo. 5. Por um modelo (concreto) do processo constitucional objetivo : aberto às linguagens sintático-formal e semântico-pragmática. 5.1. Para superar a anomia: justifica-se o modelo concreto. Conclusão.

Introdução

Esse ensaio anuncia e instiga a superação do que aqui se denomina anomia do processo constitucional objetivo. Não a enfrenta, ao menos diretamente. Dedica-se tão somente a uma reflexão sobre etapas cognitivas prévias de inferências indispensáveis para o ulterior enfrentamento.

A primeira parte dedica-se à explicitação do problema anunciado. Na sequência, por reputar indispensável, a observação volta-se ao contexto jurídico do processo constitucional objetivo no Estado constitucional brasileiro. Assim, em breves linhas, é feita uma digressão aos sistemas clássicos de atuação procedimental do Tribunal Constitucional, com o propósito de estabelecer um percurso histórico que culmina nos sistemas derivados, entre os quais está

Renato Gugliano Herani é Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

o brasileiro; e, assim, trabalhar a síntese do efeito de proliferação mundial da Justiça Constitucional: a mistura ou hibridação dos modelos clássicos. A evidência desse efeito é que o processo constitucional objetivo reclama uma observação metódica com vistas à construção de um modelo brasileiro. No entanto, trabalhar para tal propósito demanda antes, e é o que se anuncia na última parte, exaltar o efeito de atrofia da dimensão linguística pragmático-semântica nas operações realizadas pelas estruturas do processo constitucional objetivo brasileiro e o estímulo contrário induzido pela emergência da compreensão material (normativo-sociológica) da Constituição.

1. Realidade e normatividade constitucional: um modelo procedimental estruturante?

A construção de um modelo que pretende ser de autobservação e, assim, de definição da própria identidade da Justiça Constitucional concentrada brasileira encontra motivação na predisposição cognitiva de superação do problema aqui denominado *anomia do processo constitucional objetivo brasileiro*.

Anomia é um conceito há muito estudado na sociologia. De origem grega, anomia vem de *anomos* (*a* representa ausência, inexistência, privação de; e *nomos* é lei, norma). É referência obrigatória, entre outras, Emile Durkheim e sua difundida reflexão sistemática acerca da anomia, como também o estudo de Robert K. Merton. Esse conceito adquiriu múltiplas facetas, mesmo em Durkheim, com distinções semânticas desde a primeira aparição e ao longo do século XX. Inicialmente, Durkheim associa à ausência de regras procedimentais adequadas para regular as relações complementares entre os participantes na vida industrial e comercial; situação anômala transitória decorrente da mudança social excessivamente dinâmica provocada pela industrialização. Em outro momento, a anomia durkheimiana se refere à ausência de regras morais adequadas para guiar e controlar as ações dos agentes e dos grupos de acordo com os interesses da sociedade coletivamente considerada, falta de limites impostos socialmente cujas consequências diversas podem ser desde a incerteza até o-pensar-que-tudo-pode. Enquanto na primeira faceta o acento está na expectativa funcional (ou seja, procedimental), na segunda está na responsabilidade social (ou seja, na moral). "Em sua estrita significação etimológica, portanto, anomia significa falta de lei, ou falta de normas de conduta" (ROSA, 1978, p. 75).

Tal termo é aqui empregado não para explicar sociologicamente o processo constitucional objetivo, mas emprestado para enfatizar a falta de regras metodológicas de um modelo morfológico desse processo. Muito se atribui tal *deficit* aos emergentes métodos pospositivistas de interpretação jurídica. E a superação significa o amadurecimento da autonomia científica desse processo, porque contribui para melhor compreender a prática de suas funções, operações e estruturas.

É corrente a doutrina constitucional brasileira recorrer ao influxo da realidade na configuração morfológica do processo constitucional objetivo (TAVARES, 2005, p. 395; 2007, p. 13-31; MENDES, 2001, p. 1-24; BERNARDES, 2004, p. 445) – como tal admitido o instrumento de operacionalização do Supremo Tribunal Federal enquanto agente incumbido das funções típicas do Tribunal Constitucional. É o efeito mitigativo da procedimentalização da função estruturante (TAVARES, 2005, p. 253), até então organizada sob a influência acentuadamente das inspirações ideológicas da Constituição do positivismo clássico a serviço do Estado Liberal e, posteriormente, da hermenêutica constitucional do positivismo kelseniano; efeito desencadeado pela insurgência do constitucionalismo da integração da realidade político-social à normatividade constitucional no esforço

para, em reação ao positivismo lógico-formal, atingir uma "fase de todo distinta, em que Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidades" (BONAVIDES, 2003, p. 477).

Essa última fase principiou na vigência da Constituição de Weimar, em 1919, e culminou no constitucionalismo, já no cenário da Segunda Guerra Mundial, convencionalmente distinguido por renovados métodos de interpretação constitucional. É o caso do positivismo sociológico em Duguit, da teoria da integração ou científico-espiritual de Rudolf Smend ou mesmo da normatividade de Herman Heller, até culminar, já nas últimas décadas do século passado, no moderno método tópico orientado ao problema de concretização do direito constitucional, tal como a proposta construtiva para interpretação do direito constitucional em Ehmke, ou a classificação do *topoi* em Martin Kriele, o direito constitucional concretizado em Peter Häberle, nessa linha também Konrad Hesse com a teoria concretista e, com não menos vigor, Friedrich Müller com a teoria estruturante do direito, entre outros métodos que integram a teoria material da constituição, não raramente qualificados também como pospositivistas de compreensão da norma jurídico-constitucional.

A teoria material da constituição leva ao extremo, na percepção da significação da norma jurídico-constitucional, as tensas relações entre o "direito" e a "realidade", em ataque direto à concepção do dever-ser "puro" (base da Teoria pura do direito), em razão, entre outros fatores, da percepção do "anacronismo da hermenêutica formalista" (Idem, p. 483) ao longo do século XX. Reage ao descompasso, e denuncia a incapacidade de, com o acento nas operações cognitivas "semântico-sintáticas" e a atrofia das "semântico-pragmáticas", oferecer o "sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade" (Ibidem, p. 476).

Inicialmente a reação abre um debate ideológico e posteriormente se torna um problema de aplicação prática do direito. Na síntese de Pedro De Veja García (1998), o problema direito/realidade percorre três fases no século passado: a do positivismo jurídico do início do século; a do positivismo sociológico a partir da Segunda Guerra Mundial, essas duas com enfoque acentuadamente ideológico, em certos casos, essencialmente filosófico; e a terceira e última fase, já preocupada com a teorização prática do direito, deu evidência ao positivismo jurisprudencial, em que o antagonismo direito e realidade é um problema operacional, analiticamente investigado em estruturas aplicadas na observação da prática cotidiana do direito.

A teoria material da constituição arroga-se a síntese de superação do paradigma positivista, para o qual vigoram "pré-formas legislatórias da norma jurídica" (MÜLLER, 2009, p. 11) e norteia tal configuração normativa a clara oposição das categorias "direito" e "realidade", "ser" e "dever-ser", por outro – o novo paradigma: para tal, a norma não é algo inquestionavelmente dado, mas "está por ser produzida no decurso temporal da decisão" (Idem, p. 11), pela ação jurídica de captação e estruturação dos teores materiais da normatividade. Essa nova realidade normativa trabalha a orientação concretizadora do ordenamento (constitucional) fundante de dada sociedade estatalmente organizada; percepção que lida com a estrutura da "realidade" e do "direito" como grandezas inseparavelmente constitutivas da norma jurídica. Tal perspectiva material da constituição traz para o estado democrático-constitucional duas exigências fundamentais, quais sejam, a *legitimidade material*, "o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade", e a *abertura constitucional*, "a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadoras de

projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais" (CANOTILHO, 2003, p. 1338). Ao mesmo tempo em que a teoria material da constituição pretende ser o remédio para a impotência da hermenêutica lógico-formal, quiçá a dose ministrada possa ser excessiva. Com ela, "ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social" (BONAVIDES, 2003, p. 483), em conseqüência, o risco do afrouxamento dos laços jurídicos da normatividade e, com isso, da dilatação excessiva dos poderes decisórios de que se investem os juízes, especialmente se integrantes do Tribunal Constitucional (Idem, p. 485).

As teorias materiais da constituição dão maior relevância ao fator pragmático do processo interpretativo. Não obstante, especialmente a teoria jurídica estruturante de Friedrich Muller é classificada como um método essencialmente lastreado na semântica, e, por tal condição, "deixa de enfrentar algumas questões eminentemente jurídico-pragmáticas ou oferece-lhes respostas insuficientes" (NEVES, 2001, p. 358-376), como: "qual o critério semântico para definir, entre as concretizações possíveis – mesmo dando-se relevância aos outros elementos linguísticos do 'programa da norma' e aos dados reais do 'âmbito da norma' –, aquelas que são compatíveis com o texto?" (Idem). A discussão de tal problema não dispensa o parâmetro semântico, como tão indispensável também é o pragmático

> "tendo em vista a relação discursivo-dialógica entre intérpretes, sejam estes agentes ou destinatários da decisão conseqüente, e a multiplicidade de expectativas que se contradizem e conflitam com relação ao texto da norma." (Ibidem)

É uma assertiva de evidência da importância dos participantes e da multiplicidade de interesses e funções intrínseca ao direito constitucional moderno. No processo de produção das decisões sobre a constitucionalidade (principalmente em âmbito de Justiça Constitucional concentrada), portanto, de construção da norma constitucional, a linguagem constitucional, enquanto jurídica especializada, é ambígua e vaga, e, para ser interpretada, não dispensa as dimensões sintática, semântica e pragmática para lidar com as divergências interpretativas; reflexo da complexidade da sociedade moderna em que "a multiplicidade de valores e interesses possibilita uma variedade estrutural de expectativas sobre os textos jurídicos" (NEVES, 2001, p. 358-376), especialmente em se tratando de texto constitucional:

> "Considerando que no Estado de Direito predomina o princípio da interpretação conforme a Constituição, as questões jurídicas, ao ganharem direta ou indiretamente um significado constitucional, carregam um forte potencial de conflito interpretativo." (Idem)

São transformações observadas no sentido da norma constitucional, desencadeadas a partir das teorias materiais da constituição, e que inevitavelmente suscitam preocupações metodológicas diretamente com a morfologia do processo constitucional objetivo.

É no contexto do método, pois, que se afirma ainda ressentir à falta de uma sistematização das regras (TAVARES, 2007, p. 13-31) ou de um modelo procedimental (MENDES, 2001, p. 1-24) capaz de reduzir, do complexo ao simples, o *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal no exercício autônomo da Justiça Constitucional. É de se dizer, sobressalta a ausência, nesse âmbito, de uma observação das formas continuamente reproduzidas, vale dizer, das estruturas exclusivas e das operações específicas da ação de concretização da norma constitucional, assim compreendida como um tipo de efetividade do direito realizada como um processo (dinâmica) real de decisão estruturado e organizado para a superação do antagonismo entre direito e realidade constitucionais. É o caso de se

inclinar, sobretudo em razão das dificuldades do Brasil para dar efetividade à sua Constituição (BONAVIDES, 1991, p. 489), à pesquisa estrutural tendente à construção das estruturas e operações do concebido sistema, no interior do qual o observador-intérprete é conduzido e preparado para a ação (de decisão) concretizadora da norma constitucional. Esse sistema é aqui referido pelo termo processo constitucional objetivo, o qual demanda um modelo procedimental estruturado capaz de conformar e complementar a orientação metodológica da hermenêutica de concretização normativo-constitucional.

O interesse de tal pesquisa atenta-se, precisamente, aos aspectos formais das operações observadas com o exercício prático do processo constitucional objetivo, e assim à tarefa de identificar e isolar os níveis da realidade normativa que tem um valor estratégico do ponto de vista do fenômeno estudado. De modo que podem ser representados sob a forma de modelo explicativo do funcionamento da ação de concretização no desempenho do Supremo Tribunal Federal. Esse modelo a ser conscientemente construído aceita, porque nele se inspira, o modelo material da norma constitucional. A bem da verdade, a ele serve, e assim o faz ao indagar seriamente por estruturas da normatividade constitucional – procedimental e formal – a somar à estrutura material da norma constitucional já trabalhada no ato de exercício de interpretação concretizadora da norma constitucional, tal como o "âmbito da norma" e o "programa da norma" (MÜLLER, 2008, p. 15).

Nessa linha, o que se pretende enaltecer é a anomia metodológica da morfologia do processo constitucional objetivo, se as suas estruturas e operações exclusivas tendentes ao trabalho prático de concretização da norma constitucional representam o seu fim existencial. Não é um problema a se desprezar, pois esse estado de ausência da reflexão sistematizante coloca em indefinição teórico-dogmática problemas de cunho prático procedimental peculiarmente decorrentes da percepção teórica material da Constituição, tais como o controle dos fatos (comissivos e omissivos) e prognoses legislativos (CANOTILHO, 1993, p. 1030; MENDES, 2001; BERNARDES, 2004, p. 450), a linguagem das provas (TAVARES, 2005, p. 397; CANOTILHO, 2008, p. 169), o papel dos agentes, especialmente o cidadão comum, o caso jurídico-constitucional. Problemas que se estendem aos questionamentos de ordem político-constitucional: até que ponto o *self-restraint* se aplica ao Supremo Tribunal Federal ou se faz uso do *judicial activism*? Indagação essa que traz ao núcleo a equação do conflito de poderes, especialmente entre esse Tribunal e o Poder Legislativo e a sua autodisciplina à abstenção. Enfim, a superação da anomia apontada atenta-se ao "subjetivismo dos novos métodos interpretativos" (BONAVIDES, 2003, p. 486), que "redunda na quebra e decomposição da juridicidade das Constituições" (BONAVIDES, 2003, p. 486); ao mesmo tempo, é indispensável à plena realização de todas as categorias funcionais fundamentais do Supremo Tribunal Federal, enquanto operacionaliza funções típicas de um Tribunal Constitucional, cujo desempenho vai além da *bouche qui prononce les paroles de la loi*, para ser decisivamente marcante na vida político-social do Estado e na efetividade da norma constitucional.

Com efeito, em tempo de inclinação às teorias materiais do Estado e da Constituição (GARCÍA, 1998), é premente a dedicação a uma investigação teórico-dogmática do processo constitucional objetivo (TAVARES, 2005, p. 395; CANOTILHO, 1993, p. 1030), em mira: um modelo conformador da práxis do ordenamento jurídico real do Brasil; capaz de reduzir o fenômeno da concretização constitucional – mesmo e especialmente em sistema abstrato de constitucionalidade – a uma ordem subjacente das formas procedimentais continuamente reproduzidas do trabalho de concretização das normas constitucionais.

Tal preocupação coloca no centro da atividade investigativa, como objeto a ser observado, a realidade empírica brasileira, vale dizer, as relações jurídicas de aplicação prática do direito constitucional brasileiro, ou seja, a jurisprudência constitucional intestina. Tal evidência torna indissociável, de um lado, o problema de que "a idéia de um Tribunal Constitucional não pode ser separada do seu *modus operandi*" (TAVARES, 2007, p. 13-31). Esse é sistematizado no âmbito do Direito processual constitucional, e é "construído por categorias processuais (próprias) relacionadas à realização das diversas funções fundamentais da Justiça Constitucional (direcionada esta justamente à realização da Constituição)" (Idem). E, de outro, em consequência e não menos importante, a simbiose da estrutura morfológica do *modus operandi* com a realidade observada, ou seja, com os teores formais e substanciais (social, econômico ou político) do Estado constitucional brasileiro para o qual é racionalizado.

Essa decisão implica um compromisso de construção de um modelo teórico local, topicamente comprometido com o sentido histórico-político efetivamente vivido na dinamicidade constitucional brasileira. Por de baixo dessa construção sobreleva uma estrutura composta de formas exclusivas que realizam as operações específicas de abertura ao concreto do *modus operandi* da Justiça Constitucional concentrada brasileira. A hipótese provisória é a de superação da anomia com o processo de evolução da morfogênese do processo constitucional objetivo, a partir da observação da interferência externa de modelos (do tradicional positivista ao pospositivista) de interpretação jurídica. Acredita-se que, nessa senda, é possível identificar as estruturas, funções e operações do processo constitucional objetivo a partir de uma perspectiva de realidade da Justiça Constitucional concentrada mais engajada com o compromisso de situações decisórias determinadas pelo contexto cultural da sociedade estatal que a institucionaliza e de um Tribunal Constitucional criador de direito no sentido de construtor de normas jurídicas ou preceitos dotados de eficácia *erga omnes* (REVORIO, p. 1997, p. 327). A metódica do processo constitucional objetivo que não outorga ao trabalho técnico-jurídico efetivo do jurista estruturas (procedimentais) a serviço da operacionalização dos elementos estruturais da norma (ex., programa da norma e âmbito da norma) não atribui a tal trabalho a normatividade materialmente determinada. A concretização – enquanto "processo real de decisão" (MÜLLER, 2008, p. 15) –, metodologicamente assim admitida, instiga a indagação sobre a conjugação de uma estruturação estendida: não se pode pensar em estrutura da norma (objeto cognitivo) sem estrutura do procedimento que viabiliza ou prepara o julgador-intérprete ao momento exato da decisão, vale dizer, da construção dos elementos da norma. É o caso, pois, de se indagar sobre a relação entre normatividade constitucional, estrutura da norma e estrutura do processo. E assim se preocupar com a harmonia da estrutura do processo com a estrutura materialmente determinada da norma constitucional.

Com efeito, a estruturação do conflito constitucional (enquanto inter-relação de dois modelos ordenadores materialmente caracterizados e estruturados) conduz significativas modificações morfológicas do processo constitucional objetivo, porque surgem outras categoriais fundamentais (elementos, operações e estrutura) até então não trabalhadas pelo modelo clássico de controle concentrado-abstrato, e que lidam com a linguagem das provas, o controle dos fatos (comissivos e omissivos) e prognoses legislativos (inconstitucionais), o papel do cidadão comum, o caso jurídico-constitucional. Tais categorias necessitam ser investigadas e identificadas, concretamente, e também, em certa medida, tencionadas, para até um repensar as estruturas formais clássicas do processo intersubjetivo (civil e penal), se a pretensão é a construção de um

modelo de processo constitucional objetivo concretizado e concretizador da Constituição brasileira.

Com essas linhas preliminares, não se pretende ir além do enaltecimento da anomia do processo constitucional objetivo brasileiro, porque, por ora, o realce realmente pretendido nesse ensaio percorre outros caminhos; caminhos que, de certa forma, preparam discussões futuras sobre o problema colocado.

2. Percurso histórico: os sistemas clássicos de constitucionalidade

O conhecimento do processo constitucional objetivo insere-se no universo cognoscitivo do Direito Processual Constitucional – ramo jurídico específico "para estudiar la actividad procesal relacionada con la defensa de la Constituición" (BELAUNDE, 1998, p. 7), definido como "o conjunto de regras procedimentais da prática do controle jurisdicional, autônomo ou não, da constitucionalidade do comportamento social" (TAVARES, 2005, p. 222). É "responsável pelo estudo das categorias processuais relacionadas à realização das diversas categorias funcionais da Justiça Constitucional" (Idem, p. 402). O processo constitucional objetivo é uma, dentre tais categorias processuais, que procedimentaliza a Justiça Constitucional (*modus operandi*) na atividade de defesa e aplicação da Constituição. O Direito processual constitucional se ocupa justamente da identificação, delimitação e sistematização dos diversos procedimentos funcionais da Justiça Constitucional.

> "Assim o Direito processual constitucional deve servir à *atuação* do Texto Constitucional, solucionando os problemas que se inserem nessa atividade básica. Essa postura é facilmente compreendida a partir da teoria das funções do Tribunal Constitucional e sua conexão íntima com a 'medida' do processo constitucional respectivo." (Ibidem)

As raízes desse ramo remontam à primeira metade do século passado, mais precisamente às idéias de Hans Kelsen (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 215), como as trabalhadas na obra *La Garantie Jurisdictionnelle de La Constitution*. Ideias que, combinadas com a experiência austríaca, especialmente a vivenciada sob o texto originário da Constituição de 1920, depois de seis anos de vigência com a institucionalização do Tribunal Constitucional especial, redundaram numa tipologia específica de procedimentalização do problema da constitucionalidade – o sistema concreto-concentrado (BONAVIDES, 2003, p. 309). Diametralmente oposto ao sistema anglo-americano, o procedimento para a decisão acerca da constitucionalidade é dotado de estrutura, organização básica e função próprias.

A Constituição concebida como elemento normativo superior a todos os demais é premissa básica da estrutura do sistema concentrado. Tal superioridade é convertida em parte essencial da Teoria Pura do Direito, por influência das ideias de escalonamento normativo do discípulo de Kelsen, Adolf Merkel (1890-1970) (KELSEN, 2003, p. 33). Tornou-se a base para a construção da ideia de norma suprema, a partir da qual as demais extraem o fundamento de validade expresso numa relação de compatibilidade. O passo seguinte foi decidir a quem confiar a competência para verificação das incompatibilidades. Confiou-se, como função específica, a um órgão estruturado tal como um tribunal, externo ao Poder Judiciário (PEGORARO, 2002, p. 393-416). Esse somente pode ser tirado da inércia por meio do exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos. Para exercer o controle de compatibilidade, somente "com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional" (CAPPELLETTI, 1999, p. 105).

Tal tipologia procedimental constitucional rivaliza-se com outra, também clássica, nascida nos Estados Unidos: o

Judicial Review. Primitivamente exercitado no famoso caso *Marbury vs Madison* em 1803 pela Corte Suprema, obra do *Chief Justice* Marshall claramente influenciada por ideias embrionárias do problema da jurisdição constitucional que remontam a princípios do século XVII, quando o célebre juiz Edword Coke, no caso de Thomas Bonham, afirmou estar o direito natural acima do rei, o que abriu espaço posteriormente, já em solo americano, para o controle de constitucionalidade das leis pelos juízes (BELAUNDE, 1999, p. 121-156).

No modelo americano de Justiça Constitucional, a Constituição também ocupa o patamar mais elevado na cadeia normativa, e é lei contra a qual não pode subsistir qualquer incompatibilidade provocada por outra lei, de escalão inferior. O controle de incompatibilidade exige um procedimento, o qual não estrutura as operações da função própria de um órgão especialmente criado para tanto, como no sistema austríaco. Por ser a Constituição antes de tudo uma lei, e como é confiada a todos os juízes a interpretação, cabe à Suprema Corte, e a todos os juizes, verificar se a lei é compatível ou não com a Constituição antes de aplicá-la à relação jurídica concreta. Ou seja, é um modelo cujo "aspecto 'modal' tem o caráter de um controle que se exerce *em via incidental*" (CAPPELLETTI, 1999, p. 102).

Por tal modelo, o procedimento constitucional, enquanto produtor de uma decisão de controle de constitucionalidade, não guarda uma estrutura distinta daquela própria do procedimento jurisdicional destinado a produzir uma decisão de solução do conflito (jurídico-social) intersubjetivo; um único procedimento, ou melhor, um único programa de atuação formalmente organizado e estruturado para executar, no mesmo contexto espaço-temporal, duas funções imanentes do Estado constitucional, prestadas no âmbito de um processo de natureza civil, penal ou administrativa, e pelo mesmo órgão judiciário, quais sejam: a de decidir certo conflito intersubjetivo e, por via incidental, em caso de uma lei cuja constitucionalidade se discute, a de controlar a constitucionalidade. No modelo austríaco, diferentemente, essa última função se exerce em via principal, porquanto há um adequado e autônomo procedimento de atuação, organizado para, de forma concentrada, unicamente conduzir a uma decisão (abstrata) de controle de constitucionalidade.

Por fim, para completar o trio das tipologias clássicas, há ainda o modelo francês de procedimentalização da constitucionalidade oposto ao modelo americano (CAPPELLETTI, 1999, p. 99), com peculiaridades que afetaram "a la composicíon del Tribunal, a la modalidad de aceso y, sobre todo, a la índole preventiva del control, cuya 'jurisdiccionalización' se llevó a cabo una forma más acentuada respecto a experiencias anteriores" (PEGORARO, 2002, p. 393-416). Isso porque o modelo francês exclui a concepção de um procedimento propriamente "jurisdicional" de controle da constitucionalidade das leis, para, ao invés, desenvolver um de caráter puramente "político", seguindo a tradição histórico-constitucional de não confiar tal controle a um órgão de natureza judiciária (CAPPELLETTI, 1999, p. 94). Até hoje, sob a égide da Constituição da V República, de 4/10/1958, a França confia o controle de constitucionalidade ao *Conseil Constitucionnel* apenas em via preventiva.

Nos três modelos clássicos, a despeito dos pressupostos histórico-político e ideológico em relação aos Poderes Judiciário e Legislativo, que são os responsáveis pelas divergências estruturais entre eles, é marcante em todos eles a forma procedimental com que a Justiça Constitucional exercita a decisão acerca da constitucionalidade. Qualquer dos modelos propõe uma Justiça Constitucional cuja função primeira – defesa e aplicação da Constituição – é praticada sob um caráter dinâmico, refletido na etimologia de *procedere* (agir, obrar) (CUNHA, 2000, p. 636), numa extensão

espaço-temporal, a sequencialidade de atos normativos ordenados e vinculados a vários sujeitos. Portanto, é elemento comum dos modelos de jurisdição constitucional o complexo encadeado de operações jurídicas a culminar no ato derradeiro: a decisão sobre a constitucionalidade.

3. Sistemas derivados: tertinum *e* quartum genus

A Justiça Constitucional e, portanto, a procedimentalização da atuação do controle da constitucionalidade, e com isso o processo constitucional objetivo (próprio do modelo austríaco) e o *Judicial Review*, sofreram uma expansão mundial sem limites principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, e ainda se observa uma força expansiva, a ponto de a universalização tornar-se um dos fenômenos mais relevantes dos ordenamentos constitucionais (SEGADO, 2004, p. 1; PEGORARO, 2002, p. 393-416). O efeito da proliferação mundial da Justiça Constitucional não foi o de dividir o mundo em ordens constitucionais cada qual dotada de um ou outro dos modelos clássicos, mas sim a

> "[...] enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antaño, de los tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder." (SEGADO, 2004, p. 7)

A mistura ou hibridação dos modelos (americano e austríaco) provocou maior complexidade e heterogeneidade dos procedimentos da Justiça Constitucional, cuja redução passa pela estruturação analítica das novas tipologias, capaz de captar todos os procedimentos considerados em todas as suas variáveis e características estruturais, de sorte que não são identificadas como mera derivação fiel ou reprodução dos modelos clássicos. Tal complexidade evoluiu para uma nova síntese – a *tertinum genus* de Justiça Constitucional –, capaz de configurar um novo modelo constituído da suma dos modelos bipolares, em que "el control de constitucionalidad queda firmemente en manos de un órgano central y el elemento 'difuso' se sitúa sólo en la fase introductiva del proceso, no en la decisória" (PEGORARO, 2002, p. 393-416). É o caso dos sistemas peculiares de países como Itália e a Alemanha, que adaptaram os modelos clássicos às diferenças estruturais do respectivo ordenamento, "imputables a la família jurídica a la que pertenecen, a las tradiciones históricas y culturales, a la forma de gobierno, al nivel de desarrollo" (Idem).

O movimento de "circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional" (Ibidem) não se limitou aos ordenamentos europeus. Também alcançou os países da América Latina, entre eles o Brasil, de forma marcante e peculiar a ponto de autorizar uma nova tipologia latinoamerciana de Justiça Constitucional, pois a "la ricognizione storica latinoamericana suggerisce l´acquisizione di un *quartum genus*, nel cui álveo controllo diffuso e accentrato coesistano nella condivisione di un progressivo processo di unificazione" (SEGADO, 2007, p. 11).

A circulação dos modelos de controle constitucional e a hibridação dos elementos estruturais de cada qual, especialmente dos clássicos austríaco e americano, culminaram, em países como o Brasil e em muitos outros na América Latina, na conjugação do controle difuso com o concentrado a que García Belaunde (1998, p. 25) bem identifica como um sistema "dual" ou "paralelo"; terminologia mais adequada do que sistema "misto", com "desarrolo peculiar, que lo hace difícil de clasificar dentro de los modelos europeo e americano, si bien es cierto que parte de ellos, más del segundo que del primero, y que además se alimenta de la doctrina de tales países" (BELAUNDE, 1999, p. 121-156). Assim, o sistema "dual"

ou "paralelo" ocorre "quando se dan las dos situaciones básicas en un mismo ordenamiento; esto es, cuando *coexisten* dos modelos en un solo sistema jurídico nacional, sin mezclarse ni desaparecer (como sería el caso de los mixtos)" (Idem, 1998, p. 27).

O Brasil é um emblemático caso referido na ponderação de que "las formas de justicia constitucional están hoy aún más entremezcladas y son más complejas, de modo que las viejas tipologías necesitan una nueva sistematización, con el fin de crear modelos dotados de prescriptividad" (PEGORARO, 2002, p. 393-416). Motiva essencialmente tal afirmação o traço comum, em países iberoamericanos, da existência correntemente institucionalizada de tribunais judiciais que, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, exercem funções típicas do Tribunal Constitucional, ainda que não reservem o monopólio da defesa e do cumprimento da Constituição e desempenhem competências paralelas (normalmente recursais), como é o Supremo Tribunal Federal. A particularidade da vida constitucional do Brasil, aliada aos traços de semelhança com outros países latinoamericanos, instiga juristas como Peter Häberle (2009, p. 206) "a desenvolver a idéia [...] de um 'direito constitucional comum americano' – analogamente à categoria de um 'direito constitucional comum europeu'".

Com efeito, o apego ao movimento de circulação, recepção e hibridação dos modelos de Justiça Constitucional implica a assunção de uma postura: a de não renegar a identidade da Justiça Constitucional brasileira. Essa é derivada, em certa medida, do modelo austríaco-kelseniano, mas dele se difere, como também se difere do modelo americano (*Judicial Review*), dada a não compatibilidade da teoria constitucional local e da realidade político-constitucional do Brasil.

Tal orientação se dirige às reivindicações de criação de um típico Tribunal Constitucional no Brasil, ao estilo daqueles há muito implementados em países europeus; e assim desfigurar o Supremo Tribunal Federal – instituição modelar construída ao longo de uma história secular – sem uma reflexão profunda de toda a contextualização e evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. Reivindicações essas que volvem desde muito atrás, em balizadas opiniões expressadas por ocasião da Constituinte de 1987, tais como: as manifestações do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no jornal O Estado de S. Paulo: "se o Constituinte for realmente moderno, sem a existência de um Tribunal Constitucional ela não funciona" (OAB, 1987, p. 8); "O Tribunal Constitucional ensinaria os juristas a raciocinar em termos de Direito Constitucional" (Idem); e de juristas de renome na Folha de São Paulo,

> "[...] Concluindo arremataríamos que no gozo dos poderes do Estado o retorno do 'Poder Moderador' sob novas roupagens seria benfazejo, sobretudo em um país onde os problemas constitucionais são resolvidos ao calor das paixões e ao acicate das imposições de toda ordem. Não seria melhor resolver esses acidentes à luz de uma Justiça que nos moldes alienígenas se comporia de representantes dos três poderes?" (MELLO, 1987)

Não faz sentido afirmar ser o Brasil carente daquilo que já possui. O Supremo Tribunal Federal é parte, como órgão central, de uma tipologia latioamericana – *quartum genus* – de Justiça Constitucional, e, como tal, sem desconsiderar suas históricas singularidades, pode ter o seu *modus operandi* estudado e estruturado, extraindo orientações a partir da perspectiva teórica material da Constituição.

4. Supremo Tribunal Federal – sui generis *Tribunal Constitucional* – *e o processo constitucional objetivo*

O fenômeno da universalização da Justiça Constitucional e a adaptação estrutural dos modelos clássicos às peculiaridades

formais e materiais dos ordenamentos jurídicos conduziram à problematização da significação da Justiça Constitucional, passando tal termo a uma plurivocidade na doutrina mundial. Ora o termo não tem uniformidade de significado referido, ora rivaliza com outros de mesmo significado, mais precisamente com o "jurisdição constitucional" (TAVARES, 2005, p. 142; BELAUNDE, 1998, p. 7; CAPPELLETTI, 1999, p. 23). Não é o caso, no âmbito deste trabalho, de aprofundar tal debate, mas parece inquestionável e intui ser o ponto essencial da impossibilidade de identidade dos termos: a Justiça Constitucional representa um objeto mais amplo do que o referido pela jurisdição constitucional.

Jurisdição constitucional representa "uma das facetas da 'Justiça Constitucional'" (TAVARES, 2005, p. 147). Ao seu lado, outras existem e dizem respeito ao estudo do próprio órgão – agente de realização da Justiça Constitucional, e com isso de sua organização, funcionamento, elementos do juízo de inconstitucionalidade, natureza e tipologia das decisões e suas atribuições. Ou seja, a Justiça Constitucional abarca um significado mais amplo, porque tal termo está atrelado à fisiologia da estrutura e organização do poder tendente a garantir a supremacia da Constituição (Idem, p. 148). De sorte que não pode estar circunscrita à admissão estática da fisiologia dos clássicos modelos, mas deve ser compreendida diacronicamente, considerando os elementos comuns e específicos de cada *genus*. Portanto, a jurisdição constitucional é coisa mais estrita, "é terminologia que inculca a idéia de desenvolvimento processual consoante o rito judicial, visando a atuação constitucional" (Ibidem, p. 146), e remonta à ideia clássica de fiscalização abstrata dos atos estatais, especialmente dos atos normativos.

Mesmo com a abstração do problema pertinente ao debate de significação da Justiça constitucional e jurisdição constitucional, ainda não é possível colocar-se à vista do objeto a que se refere o processo constitucional objetivo. Outro problema ainda há e diz respeito ao órgão, ou órgãos, responsável pela condução da Justiça Constitucional, e da jurisdição constitucional. Trata-se da questão sobre a exigência do monopólio e exclusividade do exercício da Justiça Constitucional e, por conseguinte, da faceta jurisdição constitucional, a um único órgão – o Tribunal Constitucional –, como tal considerado restritivamente autônomo dos demais poderes, inclusive do Judiciário, cuja função seja servir ao controle da constitucionalidade. Ou seja, trata-se do problema em que, se inexistente tal órgão, não se realiza a Justiça Constitucional, ou ainda, só será dado como Tribunal Constitucional capacitado para a Justiça Constitucional exclusivamente se o controle da constitucionalidade for autônomo.

A se seguir por tal caminho, impõe-se uma concepção restrita de Justiça Constitucional, o que conduziria ao absurdo de negar o seu exercício à Suprema Corte, por exemplo, americana, na medida em que não é adotado um critério modal (CAPPELLETTI, 1999, p. 101) para expressar como as questões de constitucionalidade das leis podem ser arguidas perante os juízes competentes (para decidi-las e como são, por estes, decididas) que seja autônomo e exclusivo para o controle da constitucionalidade. Como também tal negativa pesaria sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil, porque, apesar de ter o monopólio do critério modal autônomo, não tem, contudo, a exclusividade no controle da constitucionalidade. É inquestionável que ambos os referidos tribunais, como no caso de todos os tribunais supremos, exerçam Justiça Constitucional (TAVARES, 2005, p. 157), a despeito de não serem genuinamente Tribunais Constitucionais, tal como o órgão autônomo ideado por Kelsen para a exclusividade e monopólio no papel de Curador da Constituição.

É corrente desassociar o Supremo Tribunal Federal de um clássico Tribunal Constitucional, no qual concentram-se a

exclusividade e o monopólio do exercício do controle constitucional. Isso porque, por sua estrutura, também funciona como última instância normalmente recursal em processos intersubjetivos. Portanto, no sistema jurídico brasileiro atual, "todos os órgãos jurisdicionais integram a denominada justiça constitucional, já que se instituiu o controle difuso conjuntamente com o concentrado" (Idem, 1998, p. 129), e por isso é um sistema "dual" ou "paralelo". Mas adota modais que, paulatinamente, já começam a apresentar sinais de hibridação (Ibidem, 2007, p. 13-31), como pode ser observado, de um lado, com a recente introdução dos institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante e, de outro, a forte tendência dos teores materiais no desenvolvimento do modal autônomo. Tal tendência instiga a investigação de um duplo fenômeno aparentemente paradoxal: o da "abstrativação" do sistema concreto de constitucionalidade e o da "concretização" do sistema abstrato de constitucionalidade.

Não menos correto, no entanto, é reconhecer que, a despeito da ausência de um clássico Tribunal Constitucional no Brasil, as funções específicas desse órgão mesclam-se às funções não típicas (peculiares do sistema americano) no âmbito de competência do Supremo Tribunal Federal; condição *sui generis* que não inviabiliza os aportes científicos da teorização clássica do Tribunal Constitucional, especialmente no que toca à estrutura e às categorias funcionais fundamentais desse tribunal no âmbito da Justiça Constitucional. Isso indica um sistema constitucional no qual um tribunal integrante da estrutura judiciária realiza, concomitantemente, o papel de Tribunal Constitucional (TAVARES, 2005, p. 145). Tal condição permite enfocar epistemologicamente o Supremo Tribunal Federal como uma espécie de Tribunal Constitucional enquanto no exercício das funções orgânicas desse tribunal.

A par dessas considerações, o processo constitucional objetivo remonta ao universo cognoscitivo da Justiça Constitucional circunscrita no âmbito do Tribunal Constitucional (Idem, p. 151). Extrapola, pois, o objeto por ele referido o *modus operandi* praticado por outros tribunais ou magistrados (*incidenter tantum*), como também a atuação organizada do (equivalente) Tribunal Constitucional enquanto representativo de última instância recursal.

Em síntese, o processo constitucional objetivo é signo linguístico produto da união de tal termo à abstração sistêmica de um procedimento autônomo do desempenho diferencial das funções do Tribunal Constitucional (o Supremo Tribunal Federal), na condução da constitucionalidade. É o modelo processual e autônomo pré-constituído de atuação funcional do Tribunal Constitucional com estruturas exclusivas e operações específicas de produção de decisões para a redução das incertezas em questão de constitucionalidade do Estado (brasileiro).

Encerra uma forma procedimental especial de operar e executar autonomamente a constitucionalidade (função primária do Tribunal Constitucional). E assim o faz consoante um rito (judicial) dotado de estruturas e elementos próprios e invariantes que, em determinados sistemas constitucionais como o brasileiro, serve a determinadas ações (como ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental), integrando uma jurisdição especial (jurisdição constitucional).

É debate antigo, mas importante acentuar a distinção entre procedimento e processo. São expressões que não se confundem. Todo processo requer para seu desenvolvimento um procedimento, mas nem todo procedimento é um processo (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 2002, p. 116). "Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso

temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis" (GUERRA FILHO, 2007, p. 11). É dessa forma – pela ordenação de atos encadeados com uma finalidade – que o processo se exterioriza, mas algo mais é necessário para a sua caracterização, "además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, comprende los nexos – constituyan o no relación jurídica – que entre sus sujetos (es decir, las partes y el juez) se establecen durante la substanciación del litigio" (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 2002, p. 116). O processo constitucional objetivo, enquanto processo, pressupõe a forma procedimental de exteriorizar-se e a essencialidade teleológica, porquanto visa a uma decisão acerca de conflitos constitucionais, cuja condução é encabeçada pelo Tribunal Constitucional no exercício da suprema função de cumprimento e defesa da Constituição.

O movimento de circulação, recepção e hibridação dos sistemas de controle de constitucionalidade influi diretamente na essência desse processo, mas não menos impacto ocasionou a teoria material da constituição. É responsável pela transformação do paradigma originário de estruturação e função do processo constitucional objetivo – aqui sintetizado na diretriz da não-remissão à realidade (TAVARES, 2007, p. 13-31).

Com efeito, parece socialmente mais contributivo, no atual estágio do constitucionalismo brasileiro, perguntar por um modelo procedimental, vale dizer, um processo constitucional objetivo genuinamente brasileiro integrado e integrador da realidade do país. Capaz de, uma vez estruturado, outorgar ao Supremo Tribunal Federal um sistema de referência às condições necessárias para trabalhar o concreto no desempenho de suas funções constitucionais em que, primeiramente, tem-se a concretização da Constituição diante das inconstitucionalidades. Não se trata de perguntar por uma *teoria política*, porque o que se persegue é apenas conhecer o objeto, responder à pergunta "o que é" e "como é" e não "como seria" ou "deveria ser" o processo constitucional objetivo brasileiro.

5. Por um modelo (concreto) do processo constitucional objetivo: aberto às linguagens sintático-formal e semântico-pragmática

O processo constitucional objetivo surgiu com o modelo clássico de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade. Consagrou-se o *modus operandi* da fiscalização da constitucionalidade em que a lei é tomada enquanto tal, como texto normativo em si mesmo, abstraídas as relações jurídicas concretas e controvertidas próprias dos processos comuns (civil, penal, administrativo), cuja finalidade funcional é a de produzir uma decisão de declaração de inconstitucionalidade (ZAGREBELSKY, 2008, p. 325-335).

Essa concepção abstrata de controle é originariamente estruturada com base nas inspirações de pureza metodológica kelsenianas de "eliminare dalla teoria del diritto e dello Stato tutte le classi di 'impurezze' politiche, ideologiche, sociali e, in definitiva, metagiuridiche" (GARCÍA, 1998, p. 37), com as quais aparece "il diritto, in quanto norma positiva, l'único riferimento valido per il giurista" (Idem). O resultado foi um modelo procedimental próprio de um Estado que personifica a ordem jurídica abstrata e atemporal (dever-ser "puro"). Com isso, a procedimentalização do conflito constitucional opera-se a partir da percepção estatal depurada de elementos valorativos e factuais, em que o problema fundamental da validade das normas conflitantes é solucionado no plano abstrato.

Com isso, as regras procedimentais se distanciam daquelas próprias para a solução de conflitos intersubjetivos, porque sua vocação é a de controle abstrato (TAVARES, 2007, p. 13-31) a serviço da conversão do "Stato in una realità metafísica e la Costituzione in un´entità simbólica" (GARCÍA,

1998, p. 43). Não demorou muito, ganhou *status* de paradigma do processo constitucional objetivo a não remissão fática, vale dizer, a inviabilidade de regresso à realidade normada na verificação e solução do conflito constitucional, que é objetivamente considerado. Com efeito, o conflito constitucional não se constitui sob a influência de qualquer referência ao concreto e à intersubjetividade, tão próprios dos conflitos sociais dirimidos por meio do processo civil, penal e do procedimento administrativo. Apresenta-se como um contraste internormativo logicamente considerado assentado fundamentalmente na ideia de um dever-ser "puro" em contraposição ao "ser".

Nesse contexto, o conflito constitucional reduz sua verificação e solução pela interpretação classicamente compreendida apenas como a "descoberta do sentido do texto normativo" (TAVARES, 2006, p. 29); sentido pré-existente a espera de ser desvendado no confronto de textos normativos de hierarquia distinta. Sob tal perspectiva, o processo constitucional objetivo instrumentaliza a interpretação como esforço eminentemente cognitivo, na medida em que funcionalmente procedimentaliza o caminho de descoberta do significado da norma constitucional, para então, mediante o confronto sintático com a norma infraconstitucional, cujo significado também lhe é pré-atribuído, solucionar o conflito constitucional.

Em consequência, o processo constitucional objetivo orientado ao controle abstrato de constitucionalidade firmou-se sob uma estrutura funcional com o encobrimento cientificista das operações semântico-pragmáticas para, em primeiro plano, operar a linguagem sintática da inconstitucionalidade. O problema da inconstitucionalidade, no modelo clássico de controle concentrado, é operacionalizado essencialmente na dimensão linguística sintático-jurídica, na medida em que é admitido como um problema de expressões normativas de níveis hierárquicos diversos na cadeia normativa que se encontram em relações sintático-jurídicas de fundamentação-derivação (NEVES, 1988, p. 135). Isolar a inconstitucionalidade dos problemas a ela imanentes de ordem semântico-pragmáticas resulta um processo constitucional objetivo estruturalmente organizado com ênfase nas operações sintático-jurídicas. Com isso, o conflito constitucional é tratado como problema essencialmente lógico-formal; logo, distante da realidade normada e dos fins dos utentes.

O processo constitucional objetivo desde que destinado a prestar "o controle abstrato-concentrado, estaria a excluir ou pelo menos a dispensar, nessa visão restrita, situações concretas" (TAVARES, 2007, p. 13-31). Com isso, por meio dele a inconstitucionalidade é verificada e solucionada numa perspectiva linguística acentuadamente sintática. Tal estrutura procedimental encobre as indispensáveis e complicadas operações semânticas pragmaticamente condicionadas. Porém, essas operações são da essência da interpretação-aplicação da linguagem constitucional (NEVES, 1988, p. 135), por ser dotada de "complexa implicação referencial (denotativa) e rico conteúdo significativo (conotativa)" (Idem, p. 136). Essa constatação denuncia uma deficiência do positivismo jurídico que serviu ao processo constitucional objetivo, da sua origem até as reações científicas ao formalismo e ao normativismo kelseniano. Mas essas reações acabaram por transmudar a morfologia desse processo enquanto sujeito epistêmico, especialmente quando o experimentam no contexto das estruturas jurídico-sociológicas.

O movimento científico em vista de um método hermenêutico de concretização, influenciado pelo modo tópico de resolução de problemas que remonta às pesquisas de Theodor Viehweg (1979), conjugado com o esforço de abertura cognitiva do processo judicial às estruturas sociais, tal como proposto por Niklas Luhmann (1980, p. 18),

tem contribuído para a perda constante do dogma da não remissão à realidade como diretriz operacional do sistema concentrado de constitucionalidade. Em seu lugar, é admitida "a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica" (MENDES, 2005, p. 270). Parte significativa da doutrina constitucional não afinada à visão meramente sintática do Direito, e que admite o influxo de pautas factuais na composição da estrutura normativa, defende a superação do dogma e, com isso, a inclusão do concreto na verificação e solução da inconstitucionalidade normativa (Idem, p. 272).

A recente perspectiva hermenêutica de reação prática ao positivismo dirigida à concretização como um "tipo novo da efetivação do direito" que "abrange simultaneamente os fatores *da* realidade e *da* norma" (MÜLLER, 2008, p. 15), especialmente do direito constitucional, conduz a uma nova percepção analítica da norma como um "modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado" (Idem, p. 15). É uma visão analítico-normativa que tem propósitos de operacionalizar o antagonismo entre direito e realidade e, por isso, dá novos contornos científicos ao conflito (internormativo) constitucional. Tornou-se, com isso, um problema o modelo metodológico do procedimento de verificação e solução do conflito constitucional se estruturado para a descoberta de um significado pré-existente dos enunciados linguísticos. Metodicamente deve ser organizado para o trabalho, além da interpretação como cognição, fundamentalmente de volição e criação, para assim admitir o conflito constitucional como uma relação internormativa vertical máxima a ser construída a partir do esforço de "produção da norma" (GUASTINI, 2005, p. 29) constitucional. Tal construção se desenvolve na dinâmica das operações do processo constitucional objetivo até culminar na norma de decisão acerca do conflito constitucional. Nessa perspectiva, o processo constitucional objetivo pode ser estudado com vistas à descoberta de suas estruturas e operações de cognição e construção da norma constitucional conflitada, e dela da norma de decisão jurídica do conflito constitucional. Com efeito, o processo constitucional objetivo deve ser analisado concretamente em sua destinação de não mais procedimentalizar o conflito constitucional a partir de uma percepção pré-existente, ou preconcebida da norma constitucional. Esse cenário teórico favorece o estudo das estruturas formais de abertura desse processo para a linguagem em dimensão semântico-pragmática e de influxo da interdisciplinaridade como elemento de aplicação concretizadora do direito constitucional.

5.1. Para superar a anomia: justifica-se o modelo concreto

A abordagem não convencional de compreensão hermenêutica do Direito abre uma nova frente na elucidação do processo constitucional objetivo. Como tal identifica-se todo esforço hermenêutico que, sem negar a relevância da dimensão "sintático-semântica" própria da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos e "semântico-sintática" enfatizada na Teoria Pura do Direito (NEVES, 2001, p. 356-376) no processo interpretativo, enfatiza a relevância da perspectiva "semântico-pragmática". Não de outra forma afeta a morfologia do processo constitucional objetivo , se ainda assentada no clássico modelo de ordenação de operações enfatizadas nas "conexões sintáticas entre termos, expressões ou enunciados normativos, pressupondo a univocidade (semântica) dos mesmos" (Idem), em que são neutralizados os problemas de ordem material, perceptíveis em dimensão semântico-pragmática. Os fatos não são mais trabalhados como objeto em relação ao qual se reportam as disposições normativas em contraste, mas são considerados elementos inseparáveis

do conflito constitucional. "En el campo del Derecho Constitucional comprendido como un derecho político, el juez está precisamente obligado a relacionar la norma con la realidad política" (LEIBHOLZ, 1966, p. 89-100).

Isso implica dizer que a investigação de um modelo concreto do processo constitucional objetivo não propõe trazer para o âmbito de atuação próprio desse instrumento processual o "dualismo irrealista do passado do direito", vale dizer, "norma/caso" ou "direito/realidade" operados por "subsunção ou silogismo" (MÜLLER, 2009, p. 11). No contexto da procedimentalização, o problema concreto (real ou hipotético) (TAVARES, 2006, p. 30) é investigado como elemento co-constitutivo das normas conflitantes. Aceita tal premissa para a compreensão do Direito (constitucional), por dedução lógica, se, a partir da concretização, é indispensável o concreto como constitutivo da normatividade ou parte integrante da norma de decisão (MÜLLER, 2005, p. 44), de sorte que o "direito" e a "realidade" não mais aparecem como categorias opostas abstratas (Idem, 2009, p. 14). Inevitavelmente tal orientação influi na compreensão do conflito constitucional e, em última instância, do processo destinado a instrumentalizar sua verificação e solução.

A "concretização prática é concebida como *processo real* de decisão" (Ibidem, 2008, p. 15). Como tal, implica uma sequência de ações (*procedere*) ou operações encadeadas ao longo de "um caminhar do texto da norma para a *norma concreta* (a *norma jurídica*)" (GRAU, 2006, p. 79), e da norma jurídica, a descoberta da norma de decisão, "apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto" (Idem). Nessa dinâmica, a norma jurídica resulta no "modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado", simultaneamente pela força de "fatores da realidade e da norma" (MÜLLER, 2008, p. 15). A realidade (elementos empíricos) e o texto normativo são os pontos de partida do processo de concretização e culminam em partes integrantes da norma (constitucional), as quais são referidas por conceitos operacionais, como os elaborados por Friedrich Müller (2008, p. 15): o âmbito da norma e o programa da norma. A qualificação dessa dinâmica estruturante da norma constitucional criada no caso designa a normatividade constitucional.

Com efeito, a concretização das normas constitucionais implica, destarte, um procedimento estruturalmente organizado da atuação técnico-jurídica de construção da norma jurídica a partir do e para a solução dos casos constitucionais. Esse aporte realizado pelo novo paradigma interpretativo propõe, ao fim e ao cabo, uma concepção estruturante da norma jurídico-constitucional, que presume a superação do "direito" e "realidade" como "categorias opostas abstratas; eles atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida" (MÜLLER, 2009, p. 14). Procura revelar, com o aprofundamento investigativo da jurisprudência constitucional, a estrutura material da normatividade tal e como se apresenta na aplicação prática do direito (Idem, p. 17). A teoria da prática jurídica (positivismo jurisprudencial) investiga as condições essenciais da realização do direito (constitucional) indagando sobre o problema normativo da relação existente entre direito e realidade, para assim identificar a maneira como atuam os elementos da realidade social dentro dos distintos passos da concretização do direito.

Essa conclusão é indicativa de que, se o teor material normativo é indispensavelmente parte integrante da concretização da norma constitucional, é o caso de se perguntar pela estrutura do procedimento institucionalmente produzido pelo Estado constitucional brasileiro para o trabalho técnico-jurídico de deflagração da normatividade constitucional, especialmente

se tal procedimento visa exclusivamente à decisão para a solução não de casos intersubjetivos, tais aqueles peculiares dos processos interpessoais, mas dos casos de conflito constitucional próprio da Justiça Constitucional Concentrada brasileira.

Se a normatividade constitucional, enquanto designação da qualidade dinâmica da norma construída pelo trabalho técnico-jurídico com o esforço linguístico de interação entre "direito" e "realidade" em cada caso a solucionar, expressa um "novo paradigma do direito" (MÜLLER, 2009), não se pode inferir, do contrário não seria a síntese de uma nova compreensão da norma constitucional, tal percepção temporal da normatividade seja apenas deduzida da práxis do *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal em sistema difuso de constitucionalidade, e outra seja apreendida no sistema concentrado. Seja em um, seja em outro, se de fato a teoria da práxis supera a dicotomia "direito" e "realidade", colocando tais grandezas em condição de complementaridade, com relações recíprocas, das quais constitui a norma jurídica constitucional, o teor material da normatividade é de percepção inafastável; razão por que, em ambos os sistemas, o agente concretizador percorre, a partir do texto da norma e do caso concreto, a construção da norma jurídica geral até a norma de decisão a ser aplicada ao caso concreto. O *procedere* para um ou para outro implica um trabalho de construção da norma jurídica como integração de dados reais e teores normativos linguísticos.

Tal evidência não implica igualar os sistemas (difuso e concentrado) ou negar as diferenças. Mas não dispensa a afirmativa: a distinção não existe na normatividade constitucional, pois em ambos o Supremo Tribunal Federal atua para a concretização constitucional. A norma construída com o *modus operandi* desse órgão no exercício da função estruturante é tão materialmente considerada e estruturada como é a norma resultante do *modus operandi* desse mesmo órgão pela função atípica (como no caso do julgamento de um Recurso Extraordinário). Com efeito, a diferença entre os sistemas não está nos elementos estruturais da norma constitucional, mas, sim, na estrutura procedimental e, por conseguinte, nas operações específicas.

É o caso, pois, de se indagar até que ponto o Supremo Tribunal Federal, com o recurso a circunstâncias de ordem econômica, social e política, tem atraído os fatores do âmbito normativo ou talvez apenas do âmbito material, especialmente no desempenho das funções tipicamente de um Tribunal Constitucional. Tal indagação traz a pesquisa para, em termos metódicos concretos, uma reflexão sistematizante do processo constitucional objetivo a serviço do "novo paradigma do direito" (MÜLLER, 2009), engajado com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social.

Por tal caminho investigativo, o processo constitucional objetivo intui-se, estruturalmente, sistemas empíricos de ações sociais porque é aberto seja à interdisciplinaridade, seja ao trabalho da dogmática do direito positivo (brasileiro). Assim desempenha uma função exclusiva controlada por regras jurídicas e por componentes extrajurídicos. Como tal, converte-se no veículo de operacionalização da ação jurídica pela e na linguagem exercitada nos três planos possíveis na medida certa da concretização constitucional. O efeito disso é o abandono do processo sintático-formal (abstrato) autônomo de atuação da Justiça Constitucional. É a abertura para o conhecimento científico do fenômeno da "concretização" do sistema abstrato de constitucionalidade na Justiça Constitucional brasileira. E com tal modo de entender o processo constitucional objetivo, deixa de ser estruturado em termos eminentemente lógico, a partir de uma racionalidade lógico-formal.

Seguir tal caminho implica perseguir a construção de um modelo concreto do processo constitucional objetivo brasileiro objetivamente possível para o procedimen-

to de concretização jurídica da Constituição brasileira. Ou seja, é superar a anomia metodológica do *modus operandi* da verificação e solução do conflito constitucional em busca de uma identidade propriamente brasileira.

Tal identidade pode ser alcançada com a construção de um *modelo dogmático-concreto do processo constitucional objetivo* brasileiro objetivamente possível para o procedimento de concretização jurídica da norma constitucional; modelo esse capaz de explicação e descrição da morfologia de tal processo, porque dedicado ao estudo das formas apresentadas pelo objeto jurídico respectivo de estudo. Para atingir tal objetivo, outros com caráter mais concreto são almejados. Em síntese, três são os desafios intermediários:

a) identificar um *sentido comum* do processo constitucional objetivo a partir do processo de evolução histórica das formas da Justiça Constitucional, condição essencial para a construção de um modelo diferenciado conforme a produção de operações que tal processo produz;

b) estudar o *processo de evolução da morfologia* do processo constitucional objetivo. As estruturas do processo constitucional objetivo serão observadas em sua mudança paulatina operada por interferência dos métodos (positivistas a pospositivistas) de interpretação jurídica, sem orientar-se por resultados. Será observado no processo de mutação de sua morfologia (evolução da morfogênese). Com efeito, a análise estrutural não será, nessa parte, em si (análise interna), mas do processo, assim considerado a sequencialidade das alterações estruturais por interferência (fator externo) das variações metodológicas (métodos) da interpretação jurídica, que traz, em última instância, perspectivas de racionalidades jurídicas diversas. Implica, pois, uma análise da evolução das estruturas (formas) do processo constitucional objetivo, segundo a variação da racionalidade metodológica do direito;

c) estudar o processo constitucional objetivo orientado para o seu fim, sob a forma de *processo dirigido*. O objetivo é analisar a partir de uma reflexividade da práxis desse processo no sistema jurídico brasileiro. Tal análise se ocupará da observação das estruturas do processo constitucional objetivo praticadas já com a influência dos métodos pospositivistas de interpretação jurídica. A preocupação é identificar estruturas, que são comuns e determinantes para se dizer quando se está diante de um processo constitucional objetivo brasileiro.

Conclusão

Às percepções de uma Justiça Constitucional mais engajada com o compromisso de situações decisórias determinadas pelo contexto cultural da sociedade estatal que a institucionaliza e de um Tribunal Constitucional criador de direito no sentido de construtor de normas jurídicas ou preceitos dotados de eficácia *erga omens* (REVORIO, 1997, p. 327) a metódica do processo constitucional objetivo que não outorga ao trabalho técnico-jurídico efetivo do jurista estruturas (procedimentais) a serviço da operacionalização da organização dos elementos estruturais da norma (programa da norma e âmbito da norma) não atribui, a tal trabalho, a normatividade materialmente determinada; a concretização – enquanto "processo real de decisão" (MÜLLER, 2008, p. 15) – metodologicamente admitida demanda a conjugação de uma estruturação estendida: sincronicamente sobrelevam não só os elementos da estrutura da norma (objeto cognitivo), como também os elementos da estrutura do procedimento que viabilizam a construção dos elementos da norma. É o caso, pois, de se indagar sobre a relação entre normatividade constitucional, estrutura da norma e estrutura do processo. E assim se preocupara como a estrutura do processo poderia ser formulada em benefício da estrutura materialmente determinada da norma constitucional.

Com efeito, a estruturação do conflito constitucional, enquanto inter-relação de dois modelos ordenadores materialmente caracterizados e estruturados, conduz, necessariamente, significativas modificações morfológicas do processo constitucional objetivo, com o aparecimento de categoriais fundamentais (vale dizer, elementos, operações e estrutura) até então não trabalhadas pelo modelo clássico de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, e que lidam com a linguagem das provas, o controle dos fatos (comissivos e omissivos) e prognoses legislativos (inconstitucionais), o papel do cidadão comum, o caso jurídico-constitucional. Tais categorias necessitam ser investigadas e identificadas, concretamente se a pretensão é a construção de um modelo de processo constitucional objetivo concretizado e concretizador da Constituição brasileira.

Referências

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefesa*: contribuición al estúdio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2000.

BELAUNDE, Domingo García. *Derecho Procesal Constitucional*. Peru: Instituto Iberoamericano de Drecho Constitucional, 1998.

_____. De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional. *Anuário iberoamericano de justicia constitucional*: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 3, p. 121-156, 1999. ISSN 1138-4824.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: RT, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CUNHA, Celso Ferreira da. *Gramática da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: FENAME, 2000.

GARCÍA, Pedro de Veja. *Giuspositivismo e positivismo giurisprudenziale*. Tradução: Milena d´Onghia. Lecce: Pensa Editore, 1998.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3. ed. São Paulo: RSC Editora, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*: versão condensada pelo próprio autor. Tradução: J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

LEIBHOLZ, Gerhard. El tribunal constitucional de la republica federal alemana y el problema de la apreciacion judicial de la política. *Revista de estúdios políticos*, Madrid, n. 146, p. 89-100, 1966. ISSN 0048-7694.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MELLO, José Luiz de Anhaia. As cortes constitucionais. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 out. 1987.

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 3, p. 1-24, jun. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/Revista-dialogo-juridico-03-2001-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em: 22 out. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O novo paradigma do Direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. A interpretação jurídica no Estado democrático. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

OAB propõe criação de novo Tribunal. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34553, p. 8, 18 out. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/134770>. Acesso em: 6 jun. 2010.

PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuário iberoamericano de justicia constitucional*: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002. ISSN 1138-4824.

ROSA, F. A. de Miranda. *Sociologia do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de estudos políticos y constitucionales, 1997.

SEGADO, Franscisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI*: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. *La giurisdizione costituzionale in América Latina e la sua problemática nel XX Secolo*. Tradução dallo spagnolo: Milena D´Onghia. San Ceario di Lecce: Pensa, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Processo "objetivo" como processo aberto ao concreto. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 4, p. 13-31, out./dez. 2007.

_____. *Direito Constitucional brasileiro concretizado*: hard cases e soluções juridicamente adequadas. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Tradução: Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Realimos y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Itália. *Estúdios constitucionales*: Revista del Centro de Estúdios Constitucionales, Santiago, n. 1, p. 325-335, 2008. ISSN 0718-0195.