

6

A natureza jurídica do direito de ação e do controle de constitucionalidade *The juridical nature of the right of action and constitutional control*

LETÍCIA ZUCCOLO PASCHOAL DA COSTA

Mestranda em Direito Processual Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, com extensão universitária em Recursos e em Tutela de Urgência e Procedimentos Especiais, pela Coordenadoria-Geral de Especialização, Aproveitamento e Extensão – COGEAE da mesma universidade; bacharel em Direito pela mesma instituição; auxiliar de ensino voluntário de Direito Processual Civil e Direito Civil no curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; advogada em São Paulo.

RESUMO

O estudo da natureza jurídica de institutos como o direito de ação e o controle de constitucionalidade é fundamental para seu enquadramento como direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal brasileira, na medida em que, caracterizando-os desta forma, possibilita-se sua melhor compreensão e sua valorização na atividade jurisdicional.

Palavras-chave: ação; controle; constitucionalidade; natureza.

ABSTRACT

The study of the juridical nature of institutes such as right of action and constitutional control is fundamental to their classification as fundamental rights, protected by our Federal Constitution, giving that characterizing them in such way, make it possible to best comprehend them and to valorize them in the jurisdictional activity.

Keywords: action; constitutional; control; nature.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breves notas sobre a natureza jurídica do direito de ação: seu fundamento constitucional; 3. A natureza jurídica do controle difuso de constitucionalidade: caracterização como direito fundamental constitucional; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Neste breve ensaio, pretende-se analisar a natureza jurídica de dois institutos essenciais ao estudo e aplicação prática do Direito Processo Civil, principalmente sob a ótica da Constituição Federal.

Com olhos no chamado modelo constitucional de processo civil¹, procurar-se-á, ainda que sucintamente, verificar a viabilidade de classificar o direito de ação como direito fundamental que conta com efetivo amparo da Constituição Federal; e, ainda, a possibilidade de também enquadrar o controle difuso de constitucionalidade como direito fundamental constitucional, na medida em que sua função primordial é a defesa irrestrita da Constituição e dos direitos nela positivados.

Não sendo difícil a classificação do direito de ação como tal – direito fundamental constitucional –, fazer o mesmo com o controle difuso de constitucionalidade gera, sabidamente, maiores percalços. É o que se passará a demonstrar.

2. BREVES NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE AÇÃO: SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Com a evolução do conceito de ação, passando pela teoria imanentista de Savigny, pela polêmica Windschied-Müther sobre a *actio* romana, pela teoria da ação concreta de Wach e Chiovenda – que traz a ação vinculada ao conceito de direito potestativo –, pelo abstracionismo de Montara e Carnelutti, pela teoria eclética de Liebman, importa, para este breve ensaio, a questão relativa à existência de fundamento constitucional para o direito de ação.

Importante notar, de início, que a Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988 – a chamada Constituição cidadã –, traz positivados diversos corolários

¹ Expressão comum, dentre outros, em BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *passim*.

máximos do Direito Processual Civil, razão pela qual o questionamento sobre a existência de fundamentação constitucional ao direito de ação é matéria que convém. Até mesmo porque, se há positivação de princípios processualísticos, o direito de ação – que, claramente, reúne condições de ser colocado como instituto fundamental do Direito Processual Civil – pode, como de fato tem, encontrar guarida na Constituição Federal.

Destaca-se, no estudo das garantias constitucionais do processo civil, a obra de Ada Pellegrini Grinover, intitulada *As garantias constitucionais do direito de ação*, que se inicia com interessante estudo sobre a veia publicística do Direito Processual. A referida autora discorreu sobre a passagem, na doutrina processual, da análise do processo sob a ótica individual para atingir, após, o viés público, concluindo, em uma das passagens, que “todo o direito processual, portanto, como ramo de direito público tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional”².

Diferente, pois não poderia ocorrer com o direito de ação, de modo que a própria autora mencionada, em momento seguinte, reforçando a tendência constitucional do Processo Civil e, ainda, citando as obras de Goldschmidt, Calamandrei e, principalmente, Couture, ressaltou que:

É inegável o paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. Já Goldschmidt afirmava que o direito processual não poderia florescer senão no terreno do liberalismo. Calamandrei estudou as mutações do conceito de ação, no contraste entre autoridade e liberdade. O traço mais original da obra de Couture é a relação entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais: a ação como figura partícula do direito cívico de petição; a exceção como direito cívico paralelo à ação; o princípio da igualdade das partes, a garantia constitucional do juiz competente etc.

A doutrina processual civil, que tratara, inicialmente, das ligações do direito processual com o direito privado, aprontando o caráter privatístico do processo, fê-lo talvez para melhor reivindicar as razões do indivíduo: mas o direito público não representa apenas a fonte do Poder Público contra o indivíduo, como também configura a defesa do indivíduo relativamente à autoridade. E, hoje, a tendência processual é inegavelmente constitucionalista³.

Denota-se, pois, que todo o processo, pelo menos na visão mais atual sobre o tema, está calcado nas garantias processuais constitucionais e que há, de fato,

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. p. 12.

³ GRINOVER. *Op. cit.*, p. 13.

um modelo constitucional de processo civil. Entretanto, especificamente sobre o direito de ação, é na obra do já citado Couture que se encontram valiosas lições sobre o assento constitucional do direito de ação.

O autor em referência debruçou-se sobre a questão tanto em seu *Fundamentos do Direito Processual Civil* quanto nos *Estudios de Derecho Processual Civil*. Destaca-se, a respeito, breve trecho dos *Estudios de Derecho Processual Civil*, obra em que Couture questionou se o direito de ação tem fundamento constitucional e, além disso, como ressaltado por Ada Pellegrini Grinover, se o direito de ação é modalidade do direito cívico de petição. Confira-se:

Então, frente a (*sic*) este fenômeno que consiste em não poder exigir se antemão ao autor nem sequer uma aparência de razão, é que surge a pergunta fundamental: uma faculdade assim concebida não é, porventura, um desses direitos cívicos, inerentes a todo sujeito de direito, em sua condição de tal? O direito de ação concebido como a pura faculdade de acessar o Tribunal não é parte desse mínimo inerente à própria condição humana e que todas as Constituições enumeram em suas clássicas disposições sobre direitos e garantias? O direito de ação não será, pensando deste modo, o mesmo direito constitucional de petição à autoridade, consagrado na maioria das Constituições vigentes?

Quando nosso texto constitucional, em seu artigo 29, diz literalmente: “Todo habitante tem direito de petição perante todas e quaisquer autoridades da República” utiliza uma fórmula de generalidade tal que não pode escapar dela nenhum órgão do Poder Público; e muito menos a autoridade judicial, que constitui, na estrutura mesma dessa Constituição, um dos poderes do Estado. A ação viria a ser, assim, uma espécie dentro do gênero dos direitos de petição⁴.

⁴ Tradução livre de COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 33/34, tomo I. No original: “Entonces, frente a este fenómeno que consiste en no poder exigir de antemano al actor ni siquiera una apariencia de razóns, es que surge la pregunta fundamental: ¿pero una facultad así concebida no es, por ventura, uno de esos derechos cívicos, inherentes a todo sujeto de derecho, en su condición de tal? El derecho de acción concebido como la pura facultad de acudir al Tribunal ¿no forma parte de ese mínimo de poderes jurídicos inherentes a la propia condición humana y que todas las Constituciones enumeran en sus ya clásicas disposiciones sobre derechos y garantías? ¿El derecho de acción no será, concedido de esta manera, el mismo derecho constitucional de petición a la autoridad, consagrado en la mayoría de las Constituciones vigentes? Cuando nuestro texto Constitucional en su art. 29, disse literalmente: ‘Todo habitante tiene derecho de petición par ante todas y cualesquiera autoridades de la República’ utiliza una fórmula de tal generalidad que no puede escapar de ella ningún órgano del Poder Público; y mucho menos la autoridad judicial, que constituye, em la estructura misma de esa Constitución, uno de los poderes del Estado. La acción vendria a ser, así, una especie dentro del género de los derechos de petición”.

E, em um momento posterior, concluiu o autor:

O que parece o caso afirmar, além disso, que nos parece óbvio, é que a ação constitui uma forma típica do direito constitucional de petição. Este é o gênero; a ação é a espécie⁵.

Percebe-se, pois, que o autor, além de afirmar a existência de proteção constitucional do direito de ação, colocou-o como modalidade – espécie em suas lições – do direito de petição, protegido pela Constituição como direito fundamental. Concedeu, pois, ao direito de ação patamar constitucional, afirmando-o como direito cívico que deve ser garantido por todos os órgãos do Poder Público, especialmente pela autoridade judicial.

Ele citou, em sua obra, o artigo 29 da Constituição argentina, no qual se lê que: “Todo habitante tem direito de petição perante toda a quaisquer autoridade da República”⁶. Para que as lições de Couture possam ser aplicadas ao Direito brasileiro seria, assim, necessário que a Constituição Federal do País trouxesse dispositivo similar, o que, em realidade, ocorre com o inciso XXXIV, *a*, do artigo 5º, *verbis*:

Art. 5º (...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...).

Desta forma, considerando-se a similaridade entre os dispositivos constitucionais em comento, poder-se-ia concluir que, também no Brasil, nas lições de Couture, haveria uma proteção constitucional ao direito de ação, como espécie do direito de petição.

Contudo, a Constituição Federal brasileira traz ainda outro fundamento constitucional ao direito de ação, encontrado no inciso XXXV do próprio artigo 5º, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É a positivação do princípio da inafastabilidade da jurisdição – ou princípio do direito de ação – corolário fundamental que pretende proteger todo e qualquer indivíduo, dando-lhe a possibilidade de discussão de seu direito material para posterior

⁵ Tradução livre de COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 39, tomo I. No original: “Lo que nosotros creemos del caso afirmar, además de la eso, que nos parece obvio, es que la acción constituye una forma típica del derecho constitucional de la petición. Éste es el género; la acción es la especie”.

⁶ Tradução livre.

obtenção de tutela jurisdicional. Nesse sentido, foi o que explicou Nelson Nery Junior ao afirmar que, “pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada”⁷.

Apenas para que se possa elucidar melhor o tema, é deveras interessante a lição de José Frederico Marques sobre o direito de ação com fundamento constitucional, trazida nas suas *Instituições de Direito Processual Civil*:

O Direito Constitucional moderno fez da ação um direito individual um direito público subjetivo do cidadão, emanado do *status civitatis*. A vigente Constituição da Itália inscreveu o direito de ação entre os direitos individuais. Consagração, como tal, do direito de agir, ainda se encontra na Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pelas Nações Unidas. E a nossa Constituição Federal, no art. 5º, XXXV, de maneira incisiva o proclama ao dizer que a “lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Com isso foi dado ao indivíduo não só o amparo jurisdicional, mesmo contra a violação a seus direitos praticada pelo poder público, como ainda a garantia de que lhe não pode ser subtraído, em nenhum caso, o direito de invocar o Judiciário, quando sentir atingidos os interesses que a lei tutela. E isso é a verdadeira consagração, em texto constitucional, do direito de ação⁸.

De todo exposto, denota-se, pois, que o direito de ação, ao menos no Direito brasileiro, encontra, sim, fundamento constitucional. Na lição de Couture, no direito cívico de petição, insculpido no inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal. E, nos ensinamentos de José Frederico Marques, além do direito de petição, no amparo jurisdicional a proteção de seus direitos e garantia de poder invocar o Judiciário, trazida pelo inciso XXXV do mesmo dispositivo. De todo modo, quaisquer das disposições positivadas, na Constituição Federal brasileira, o direito de ação.

Deste fundamento constitucional extrai-se a real natureza do instituto, qual seja, constitucional. E mais. Tratando-se de direito positivado dentre aqueles topologicamente insculpido como fundamentais, é o direito de ação constitucional, fundamental e cláusula pétreia, a ser protegido no teor do artigo 60, § 4º da Constituição Federal.

Partindo-se da análise brevemente realizada aqui sobre o direito de ação, cabe agora analisar a natureza jurídica de outro instituto essencial ao estudo do processo civil sob a ótica constitucional, o controle difuso de constitucionalidade.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 175.

⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000. p. 3-4.

3. A NATUREZA JURÍDICA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: CARACTERIZAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

Inicialmente, impende considerar, em breves linhas, a estrutura organizacional do controle de constitucionalidade no Brasil. Em suma, e segundo a doutrina de Barbosa Moreira, os sistemas de controle de constitucionalidade baseiam-se no critério subjetivo ou orgânico e no critério formal. A esse respeito, é interessante o que o autor:

Do primeiro ponto de vista, conhecem-se dois tipos fundamentais: o sistema difuso, em que o poder de controle toca indistintamente a todos os órgãos judiciais; e o sistema concentrado, em que o exerce um único órgão, ou um número limitado de órgãos, especialmente criado(s) com esse fim. O segundo critério permite distinguir: um sistema de controle por via incidental, em que a questão da constitucionalidade é apreciada no curso de processo relativo a caso concreto, como questão prejudicial, que se resolve para assentar uma das premissas lógicas da decisão da lide; e um sistema de controle por via principal, no qual essa questão vem a constituir o objeto autônomo e exclusivo da atividade cognitiva do órgão judicial, sem nexo de dependência para com outro litígio⁹.

Coexistem no sistema jurídico nacional as figuras do controle concentrado de constitucionalidade e do controle difuso, ora em exame. É importante frisar, todavia, que, até o advento da República, não existiam no ordenamento brasileiro disposições relativas ao controle de constitucionalidade sendo que, nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, “consagrou-se com o advento da República o modelo difuso de constitucionalidade”¹⁰ e tal se fez por meio da expressa disposição do artigo 3º do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, *verbis*: “Art. 3º. Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte”.

Com o passar dos anos e com a vinda de todas as Constituições brasileiras que se seguiram ao decreto acima citado, manteve-se a proteção expressa ao controle de constitucionalidade. Não foi diferente o que ocorreu com a Constituição Federal de 1988. Sobre as disposições relativas ao controle de constitucionalidade na Constituição cidadã, é interessante o que expôs Luís Roberto Barroso:

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 29-30.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.111.

A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC 16/65 (sistema continental europeu).

Trouxe, todavia, um conjunto relativamente amplo de inovações, com importantes consequências práticas, dentre as quais podem ser destacadas:

- a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);
- b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
- d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);
- e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

O controle incidental difuso continuou a ser previsto de forma expressa, porém oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais. Já o controle principal (por ação direta) e concentrado contemplou duas possibilidades distintas, sendo exercido:

- a) Perante o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal – e, já agora, também da ação direta de constitucionalidade, instituída pela EC 3/93 (art. 102, I, a).
- b) Perante o Tribunal de Justiça do Estado, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º)¹¹.

Como se vê, o controle de constitucionalidade no Brasil passou por evolução considerável com o transcorrer dos anos e, fundamentalmente, em razão das alterações constitucionais desde a Constituição do Império até a Constituição cidadã. Contudo, e especificamente no que tange ao controle incidental (difuso), objeto do presente estudo, são interessantes as colocações de Luís Roberto Barroso:

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 86-87.

O controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios. Pressupõe, assim, a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. Se o juiz ou tribunal, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto.¹²

Observa-se, assim, que a incidência do controle difuso de constitucionalidade só se dá em vista do caso concreto, quando da interpretação própria de uma dada situação levada a juízo. Nesse sentido, também se manifestou Luís Roberto Barroso:

O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada¹³.

Ultrapassadas as questões preliminares sobre o controle difuso de constitucionalidade, resta agora estudar sua natureza, com o intuito de verificar a possibilidade de também enquadrá-lo entre os direitos fundamentais constitucionais.

A respeito da natureza do controle difuso – ou *judicial review* –, são interessantes as colocações de Georges Abboud, após ter analisado as influências dos casos *The College of Physicians vs. Dr. Thomas Bonham* (Bonham's case) e *Marbury vs. Madison*, ao estudo do tema para afirmar a natureza de direito fundamental do controle difuso de constitucionalidade. Confira-se:

Assim, se a Constituição Federal consagra rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, por consequência, faz-se necessário garantir ao particular todos os meios para fazer valer seus direitos constitucionalmente previstos.

Desse modo, diante de restrições aos direitos fundamentais do cidadão por algum ato do Poder Público formalmente legal, somente por meio da *judicial*

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 111.

¹³ *Idem*, p. 113.

review seria possível ao particular corrigir a ilegalidade e preservar seu direito fundamental. Ou seja, sem a experiência da *judicial review*, o direito de ação (acesso à justiça) fica seriamente prejudicado.

É mister frisar que a atribuição de *status* de direito fundamental à *judicial review* tem por escopo impedir que essa garantia fundamental do cidadão (controle difuso de constitucionalidade) seja suplantada pelo próprio Judiciário, principalmente pelo recrudescimento das decisões de efeito vinculante do STF.

Ademais, a defesa do controle difuso de constitucionalidade, enquanto garantia fundamental do cidadão, justifica-se, principalmente, porque é a *judicial review* que permite a observância das particularidades de cada caso concreto, ou seja, sem o controle difuso de constitucionalidade o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) não seria concretizado em sua plenitude.

Nesse sentido, Christopher Wolfe destaca que, por meio da *judicial review*, o Judiciário não anula simplesmente o ato legislativo, pelo contrário, o Judiciário interpreta e esclarece o teor da legislação, inclusive afastando-a a fim de não se permitir a violação a direitos fundamentais perante o caso concreto. O controle difuso de constitucionalidade legitima-se até mesmo porque a proteção desses direitos é o principal escopo do Poder Público¹⁴.

De fato, considerando-se que o controle de constitucionalidade se faz para proteção de direitos constitucionais dos indivíduos – e, dentre eles, os direitos fundamentais – é muito razoável a caracterização do próprio controle difuso de constitucionalidade como direito fundamental e, como tal, de fato, não se poderia admitir a extinção ou restrição do controle de constitucionalidade por legislação infraconstitucional. E, sobre o tema, é interessante a conclusão de Georges Abboud:

Daí que o controle difuso de constitucionalidade não pode sofrer restrições legislativas, ou do próprio Poder Judiciário. Todavia, não se está aqui defendendo nenhuma supremacia ou ativismo do Poder Judiciário. Pelo contrário, a própria valorização do controle difuso de constitucionalidade é que possibilita em dimensão máxima o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público e permite que seja evitada a supressão de algum direito fundamental em decorrência de decisão com efeito vinculante do próprio Judiciário, e.g., súmula vinculante¹⁵.

¹⁴ ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar a restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, ano 100, v. 907, p. 61-122, São Paulo, maio, 2011. p. 88-89.

Há que se considerar, nesse sentido, a restrição operada pela própria Constituição Federal ao incluir, dentre os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, a questão da repercussão geral. Paulo Roberto Lyrio Pimenta, estudando o controle difuso de constitucionalidade, ponderou a própria inconstitucionalidade da restrição do controle difuso nos seguintes termos:

O novo mecanismo suscita algumas questões. Em primeiro lugar, é constitucional a restrição ao controle difuso, com sede na Constituição, operada pelo novo mecanismo? Segundo, qual o significado da “repercussão geral”? O adjetivo “geral” refere-se aí às hipóteses de demandas cujos resultados possam alcançar um grupo de sujeitos, ou às situações em que o efeito da decisão poderá gerar serio gravame financeiro ao erário, atingindo a coletividade por via reflexa? A repercussão, em outras palavras, é da tese jurídica em debate, do efeito da decisão, ou do bem jurídico objeto do provimento jurisdicional? (...)

Tais questões foram praticamente solucionadas com edição de lei regulamentadora do instituto (Lei 11.418/2006). Outras problemáticas serão resolvidas, gradativamente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à medida que o mecanismo for aplicado pela Corte.

De qualquer sorte, se por um lado a inovação representa uma tentativa de redução da sobrecarga de processos em tramitação nesse Tribunal, dando maior celeridade à sua atuação, de outro constitui séria limitação ao controle difuso de constitucionalidade das leis, e, por conseguinte, ao acesso à Justiça. O tempo dirá se as vantagens do fim visado com edição da norma serão superiores às desvantagens por ela criadas¹⁶.

Como direito fundamental, que de fato é, o controle difuso de constitucionalidade não poderia ser restringido por qualquer norma ou determinação judicial – ainda que dos tribunais superiores. Contudo, é cediço que a repercussão geral, tal como proposta e positivada, visa a restaurar a real natureza daqueles tribunais, sendo salutar sua existência, desde que não se deturpe sua real essência, como forma de impedir – sem cautela – o acesso ao Supremo Tribunal Federal.

Há que se dizer, ademais, que a existência da repercussão geral não afastará a possibilidade da análise da constitucionalidade em primeira e segunda instância por meio do controle difuso de constitucionalidade.

¹⁵ ABBOUD, Georges. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro, aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43.

Reforce-se, por fim, que a caracterização do controle difuso, em exame, como direito fundamental constitucional impedirá – e deve de fato impedir – a imposição de restrições ao seu exercício.

O magistrado, diante de uma lei inconstitucional, quando da análise de um caso concreto, possui, em realidade, o **dever-poder** de afastar sumariamente sua aplicação. Está aí o direito fundamental das partes em, a uma, não ver a aplicação de norma inconstitucional prosperar e, a duas, não ter seu direito material afastado pela aplicação de norma inconstitucional. E este sim é um direito que não pode ser atingido.

4. CONCLUSÃO

Pretendeu-se, neste breve ensaio, analisar a natureza jurídica do direito de ação – e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, por consequência – e também do controle difuso de constitucionalidade.

Como visto, trata-se, ambos, de direitos fundamentais constitucionais e, também em razão disso, são direitos correlatos.

De fato, e como mencionado, o controle difuso de constitucionalidade só se dá quando um determinado caso – uma dada situação fática – é levado ao conhecimento do Poder Judiciário que, ao analisá-lo, vislumbra a afronta de determinada norma à Constituição Federal e opta, no exercício de um **dever-poder**, pela não aplicação daquela norma.

Por fim, cabe dizer que a natureza jurídica de direito fundamental constitucional dá aos institutos aqui tratados ampla proteção, inclusive em relação a possíveis restrições descabidas a seu exercício, fato fundamental em um período de institucionalização de ressalvas ao acesso ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar a restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, ano 100, v. 907, p. 61-122, São Paulo, maio, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 777p.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 448p.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. 504p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. 195p.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000. 5 vols.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1.486p.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed., rev., atual. e ampl. com as novas súmulas do STF simples e vinculantes e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2010. 416p.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010. 200p.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil*. Vol. 1. 5. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 570p.

Sites consultados

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Disponível em: <www.direitoprocessual.org.br>.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.stj.gov.br>.