ANDRESA SILVA DE AMORIM

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe ***Le Livros*** e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudíavel a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O ***Le Livros*** e seus parceiros disponibilizam conteúdo de dominio publico e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: ***lelivros.love*** ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL.

Salvador
2015

ANDRESA AMORIM
Mestre em Direito público pela Universidade Federal da Bahia.

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL.

Salvador
2015

Dedico este trabalho a Deus. A Ele toda honra, glória e louvor! "Porque grande é o Senhor digno de ser louvado, temível mais do que todos os deuses." SL 96:4.

AGRADECIMENTO

Da primeira à ultima folha deste livro Deus foi comigo. Agradecer em primeiro lugar a Deus é o mínimo que posso fazer para honrá-lo. Porque tudo é Dele, vem Dele e é para glória do seu Nome. Sou grata a Deus pela inspiração, força, sabedoria, inteligência e em tudo mais que Ele me capacitou. Agradeço a Deus por cada pessoa que conheci nesta caminhada, por cada professor que tive a chance de ser aluna, enfim, pela oportunidade de aprender.

Agradeço também à minha família, certamente se pudesse escolher a família em que deveria nascer não conseguiria escolher melhor família que a minha. Meus pais são meus melhores exemplos, minha irmã é minha melhor companhia e sei que as minhas conquistas são deles também. Ninguém melhor do que a família para nos incentivar e ser o nosso porto seguro. Posso dizer que sou uma pessoa abençoada porque tenho um pai (Ronaldo Amorim), uma mãe (Kátia Amorim) e uma irmã (Andréa Amorim) que são os melhores do mundo!

Sou grata, por fim, ao meu orientador professor doutor Edvaldo Brito pela orientação singular. Antes de conviver com ele e ter a oportunidade de ser sua aluna, sempre ouvir falar da sua brilhante atuação como no ramo do direito tributário. Depois de ter a chance de ser sua orientanda e aluna, percebi que a fama que conhecia não lhe fazia jus, pois mais do que um excelente tributarista o professor Edvaldo Brito é um jurista como poucos no Brasil. Ele domina bem todos os ramos do direito, isso é incrível e singular. Hoje posso afirmar que o Brasil tem em sua história três grandes juristas: Rui Barbosa, Orlando Gomes e Edvaldo Brito.

Uma breve história...

Certa vez um homem, enganado e traído por sua família, sentiu o desejo de reencontrar aqueles que lhe fizeram tanto mal. Hoje rico e com autoridade em sua nação, resolveu que já era hora de enfrentar aquele passado.

Quando estava percorrendo o caminho para sua terra natal, pensava em tudo quanto lhe fizeram, e escolhia as palavras que deveria pronunciar naquele temível reencontro.

Enfim, chegou ao seu país, à sua cidade, e estava a cem metros do seu antigo bairro. Era como se estivesse num túnel do tempo, pois pouca coisa havia mudado. Aproximou-se um pouco mais e reconheceu os seus familiares, mas estes não o reconheceram. Isto era até previsível, quando saiu de casa era um adolescente e agora já era um adulto.

Sabe aquelas palavras que ele havia decorado? Todas foram roubadas pela emoção daquele momento. E com um ímpeto de ira e saudade, foi ao encontro daqueles algozes. Como não foi reconhecido, se apresentou como a autoridade (que de fato era) e começou a questionar sobre a situação daquela família. Descobriu que todos estavam vivendo com muita dificuldade e a prosperidade que tinham no passado, findou-se. Foi no decorrer da conversa que algo mudou. Ele estava ali para, finalmente, se vingar e revelar que tudo quanto fizeram de mal à ele, na verdade, o ajudou a chegar na posição que estava. Mas isto, simplesmente, perdeu o sentido.

Então, se identificou e todos ficaram perplexos. E quase que ao mesmo tempo pediam perdão por tudo que lhe fizeram. Ele os perdoou e os ajudou a passar por aquela fase difícil. Depois deste momento, ele percebeu a força do perdão. Mesmo que ele jamais esqueça o que aconteceu, depois daquele momento suas lembranças do passado já não lhe causava dor. Como um ferimento sarado, em que só resta uma cicatriz indolor. Estava livre.

Viver algo novo é tomar uma decisão de romper com aquilo que te escraviza. “Porque há esperança para a árvore, pois, mesmo cortada, ainda se renovará, e não cessarão os seus rebentos. Se envelhecer na terra a sua raiz, e no chão morrer o seu tronco, ao cheiro das águas brotará e dará ramos como planta nova.” Jó 14:7-9.

Andresa Amorim

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO
7

PARTE I – A NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL 9
CAPÍTULO I. FENOMENOLOGIA
1. O MÉTODO FENOMENOLÓGICO APLICADO AO DIREITO
1.1. *Edmund Husserl*
1.2. *O método fenomenológico*
1.3. *Fenomenologia Jurídica*
CAPÍTULO II. ASPECTOS DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA
2. A NORMA JURÍDICA
2.1 *Conceito*
2.2. *Ciclo da norma jurídica.*
2.2.1. O nascimento: existência, validade e eficácia.
2.2.2. O desenvolvimento: aplicação e interpretação.
2.2.3. A morte: nulidade, anulabilidade e revogação.
CAPÍTULO III. ASPECTOS DA TEORIA DA NORMA CONSTITUCIONAL
3. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

3.1. *A Constituição Jurídica.*
3.2. *A Norma Jurídica Constitucional*
3.2.1. Eficácia e validade da norma constitucional.
3.2.2. Hermenêutica Constitucional.

PARTE II – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 43
CAPÍTULO IV. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO
4. HANS KELSEN E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO
4.1. *Hans Kelsen*
4.2. *A construção lógico-sistemática na teoria kelseniana.*
4.3. *Estado de Direito*
4.3.1 *Vínculo entre Estado de Direito e Controle de Constitucionalidade*
CAPÍTULO V. TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS
5. MONTESQUIEU E A DIVISÃO DO "PODER"
CAPÍTULO VI. REGIME DEMOCRÁTICO
6. REGIME DEMOCRÁTICO

PARTE III – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 58
CAPÍTULO VII. NEOCONSTITUCIONALISMO

7.
NEOCONSTITUCIONALISMO
7.1. *Escorço histórico*
7.2. *Neoconstitucionalismo e o caminho para a efetividade da Constituição Jurídica.*
CAPÍTULO VIII. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
8. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
8.1. *O que é jurisdição constitucional?*
8.2. *Jurisdição constitucional e democracia.*
8.2.1.*Decisão judicial e decisão política.*
CAPÍTULO IX. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
9. MODELO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.
9.1. *Controle de Constitucionalidade difuso abstrato.*
9.2. *Controle de Constitucionalidade difuso incidental.*
9.2.1.*O que é abstrativização do controle difuso incidental?*

PARTE IV – ABSTRATIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL 92
CAPÍTULO X. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4.335/ACRE
10. UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO QUE PODE SEPULTAR O CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL NO BRASIL.
10.1. *Entendendo o caso.*
10.2. *O "X" da questão.*
CAPÍTULO XI. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL
11. LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.
11.1. *Reforma Constitucional*
11.2. *Mutação Constitucional*

11.2.1. Limites materiais à mutação constitucional.

11.3. *Mutação do artigo 52, X da Constituição Brasileira de 1988?*

CAPÍTULO XII. NÃO APLICAÇÃO DA LEI X SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI 12. A DESTRUIÇÃO DO "EIDOS" DO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL.

12.1. *Identificação do núcleo imutável do controle difuso incidental*

12.2. *Atuação do julgador frente à inconstitucionalidade incidental*

12.3. *Abstrativização, um ataque à essência do controle difuso incidental*

CAPÍTULO XIII. ABSTRATIVIZAÇÃO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

13. CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL, INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

13.1. *Legitimidade ativa no controle de constitucionalidade no Brasil*

13.2. *Controle difuso incidental e a valorização da democracia participativa.*

13.2.1 Democracia participativa.

CONCLUSÃO

127

REFERÊNCIAS

131

INTRODUÇÃO

A raiz dos grandes problemas estruturais da Republica Federativa do Brasil é, sem dúvida, o pouco conhecimento que se tem sobre as características basilares dos institutos adotados. Nossos governantes, legisladores, magistrados, juristas e a sociedade como um todo, precisam entender o que o Brasil é, seu regime político, forma de governo, forma de estado e etc., em suma, toda a estrutura organizacional do Estado. E em se tratando do mundo jurídico, cabem aos seus "operadores", no mínimo, conhecer a essência das diversas situações jurídicas.

Este trabalho pretende analisar criticamente o que os doutrinadores vêm chamando de "abstrativização" do controle difuso incidental. Para tanto será utilizado o método fenomenológico que, resumidamente, representa a busca pela verdadeira essência do objeto estudado, aferida de forma cautelosa. A fenomenologia, portanto, impõe a necessidade de revisitar conceitos e teorias iniciais do mundo jurídico para a elucidação do tema proposto. A dissertação está dividida em cinco partes, cada uma com objetivo de propor uma discussão que foge da superfície e mergulha no profundo das consequências e do equívoco que representa a posição do Supremo Tribunal Federal frente ao controle difuso incidental.

De início será estudada a norma constitucional. Nesta primeira parte, será esclarecido o que é a fenomenologia e, logo depois, alguns aspectos da teoria da norma jurídica e da teoria da norma constitucional serão revisitados. Esta parte é importantíssima, pois quando se propõe a "abstrativização" do controle difuso incidental, na verdade, está se admitindo a inexistência de diferença entre "não aplicação" e "suspensão" da norma jurídica. Mas será que são situações jurídicas iguais?

Logo após, na segunda parte deste trabalho, serão analisados os componentes essências do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a Supremacia da Constituição; a tripartição das funções estatais; e a democracia. Depois da análise desses pilares, o leitor estará apto a identificar se a "abstrativização" do controle incidental suscita ou não consequências nocivas ao Estado Democrático de Direito.

O controle de constitucionalidade é a melhor, e mais importante, expressão da jurisdição constitucional. Por isso, a terceira parte desta dissertação é dedicada à análise da atividade jurisdicional ligada à Constituição. O objetivo será entender o arcabouço do modelo difuso de controle da constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988.

Na quarta e última parte iremos analisar a Reclamação Constitucional nº 4.335-5/ACRE e seus desdobramentos. Também será alvo de estudo a mutação constitucional proposta para o artigo 52, X e as consequências para o Estado Democrático de Direito. Em suma, serão dissecados todos os pontos que circundam a possível abstrativização do controle difuso incidental.

Por fim, cabe esclarecer que não se ambiciona, como nenhum trabalho científico, exaurir a matéria. O objetivo deve ser sempre o de suscitar o debate, alimentar a busca pelo conhecimento e fomentar a pesquisa.

– Parte I–

A Norma Jurídica Constitucional

Capítulo I

FENOMENOLOGIA JURÍDICA

1. O MÉTODO FENOMENOLÓGICO APLICADO AO DIREITO

1.1. *Edmund Husserl*

Edmund Husserl desenvolveu a fenomenologia transcendental. Ele nasceu em 8 de abril de 1859 na antiga Prossnitz (Império Austríaco), atualmente chamada de Prostejov, localizada na República Checa. Faleceu aos 79 anos (27 de abril de 1938), em Freiburg.

Sua trajetória acadêmica tem início na Alemanha quando decide estudar matemática. Em 1884, Husserl resolve terminar seu curso universitário em Viena. Foi nesta mudança, que Husserl descobriu sua vocação para a filosofia. Lecionou filosofia, como livre docente, em Halle, de 1887 a 1901; em Göttingen, de 1901 a 1918; e, em Freiburg, de 1918 a 1928, quando se aposentou[1].

Foi quando lecionava em Göttingen que Husserl iniciou a construção da fenomenologia transcendental, como uma ciência filosófica universal que busca, basicamente, a essência das coisas. Ao lado desta nova “ciência”, Husserl precisou também criar um novo método de investigação, qual seja: redução fenomenológica. Neste intento, escreveu em 1913 o livro “Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica.”, onde apresenta todo arcabouço da fenomenologia.

O método fenomenológico proposto por Husserl exerceu profunda influência não só entre os filósofos - a exemplo de Heidegger, Max Scheler, Jean-Paul Sartre, Merleau-Ponty, Ortega y Gasset e outros - mas também em

diversas áreas do conhecimento científico.

1.2. *O método fenomenológico*

De início é importante esclarecer ao leitor que o interesse deste trabalho não é o aspecto filosófico do pensamento fenomenológico, mas o método desenvolvido a partir dele. Tendo como base o principal escrito de Husserl sobre a fenomenologia - o livro “Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica”- será explicado como se desenvolve a sistemática do método fenomenológico.

Para Husserl a fenomenologia nada mais é do que uma doutrina eidética[2]. O termo “eidos” é relativo à essência do objeto, ou seja, o que é comum a todos os objetos da mesma espécie, objeto puro e imanente. Deste modo, para facilitar a compreensão, pode-se afirmar que a fenomenologia é uma ciência que busca o núcleo imutável de um objeto.

Como o próprio Husserl identifica, para fenomenologia é necessário um método singular. A justificativa é simples, Husserl[3] vê na fenomenologia a filosofia primeira, em outras palavras, sem pressupostos já estabelecidos e que serve para oferecer os meios para toda crítica da razão. Quer-se, pela fenomenologia, elevar a filosofia à categoria de ciência. E como toda a ciência requer um método, é a própria fenomenologia que deve fundamentar os princípios deste. O autor explica:

> A fenomenologia recém-surgida deve esperar, portanto, uma acolhida fundamentalmente cética. Ela não tem apenas de desenvolver o método de obter novas espécies de coisas para novas espécies de conhecimentos: ela tem de proporcionar a mais perfeita clareza sobre o sentido e a validez desse método, que a capacite a rechaçar todas as objeções sérias[4]

Diante da necessidade acima apontada, Husserl propõe o método fenomenológico. Um método que seja por excelência transcendental, pois tenta

ir além das acepções iniciais dos fatos. O principal aspecto do método fenomenológico é a redução eidética (ou fenomenológica), “que nada tem que ver com diminuição, antes a identificação do que nunca muda, apesar das inúmeras e possíveis variações reais e imaginárias de um dado”[5].

Para conseguir a redução eidética são necessários dois passos fundamentais: a descrição e a clarificação. No primeiro aspecto, o pesquisador deve relatar todas as certezas, postulados, valores, juízos, e etc., que decorrem da sua percepção inicial sobre o objeto. É necessário descrever o que já se sabe. Sobre esse primeiro passo, escreve Ailton Schramm e Karin Almeida:

> A descrição será tanto mais fidedigna conforme a capacidade do sujeito de comunicar os diferentes aspectos de sua experiência singular, sempre buscando comunicar a sua compreensão -, não a dos outros – o que não é uma tarefa simples e fácil tendo em vista todo o manancial de pré-compreensões de que está repleto o pensamento, a começar pela memória, pela preferência, pela intencional vontade de conclusão em determinado sentido.[6]

No método fenomenológico, então, o pesquisador parte da sua percepção individual sobre objeto, para Husserl isto é a vivência original, o vivido. Daí o nome fenomenologia, que deriva etimologicamente do signo fenômeno “,ou seja, aquilo que se manifesta imediatamente à consciência, alcançado por uma intuição antes de toda reflexão ou juízo”[7]. A partir desta percepção inicial e individual o sujeito inicia a descrição.

Após descrever todos os juízos pré-concebidos, o pesquisador deve retirar do objeto tudo que é variável, que não constitui o seu núcleo imutável. Vejamos, como exemplo, a figura geométrica abaixo proposta:



Ao se deparar com este quadrado, o pesquisador o perceberá como uma forma geométrica, de cor preta, com lados paralelos entre si, quatro retas que formam ângulos de noventa graus e etc. Mas o fato de ter quatro lados, não o torna quadrado (temos também os retângulos), ou de ter cor preta, ou de ter lados paralelos. O núcleo invariável, ou seja, aquilo que um quadro tem de ter é: quatro lados iguais e quatro ângulos retos (90°). Do contrário, não será um quadrado.

O exercício proposto como exemplo é justamente o segundo passo para a redução eidética, qual seja: a clarificação. Para Husserl a clarificação consiste no processo de intensificação da clareza do já intuído[8]. Aponta o autor:

> O método, que é parte fundamental do método da ciência eidética, exige portanto em geral um procedimento paulatino. As intuições individuais que servem à apreensão eidética podem já ser claras o bastante para proporcionar a obtenção totalmente clara de uma generalidade de essência, a qual, no entanto, não vai tão longe quanto a intenção diretora; falta clareza do lado das determinações mais precisas das essências co-implicadas, e, portanto, é preciso fazer uma aproximação das individualidades exemplares ou providenciar outras mais adequadas, nas quais os traços individuais que se intenta confusa e obscuradamente buscar possam ser ressaltados e então trazidos à condição de dado o mais claro.[9]

O método fenomenológico compreende a percepção do sujeito sobre o objeto, a descrição dos dados da consciência, e a clarificação destes dados para encontrar o “eidos” do objeto estudado. O desenvolvimento deste passo a passo metodológico representou um grande avanço para a ciência como um todo. Diferente dos métodos já existentes à época, o fenomenológico propõe uma aproximação do sujeito com objeto, pois ele não nega as impressões e intuições prévias do pesquisador. Inova também, pois não se trata de um método

meramente explicativo, mas busca compreender o objeto dado em sua essência.

1.3. *Fenomenologia Jurídica*

Como método, a fenomenologia pode ser aplicada a qualquer área do conhecimento. Fenomenologia jurídica, por exemplo, nada mais é do que a aplicação do método fenomenológico ao Direito.

Miguel Reale[10] salienta o mérito da orientação fenomenológica. Para ele este método implicar num processo analítico de grande alcance, bem como representa a revalorização do particular. Inclusive, reconhece a aplicação da fenomenologia na filosofia e na ciência jurídica. É até mesmo a partir de uma análise fenomenológica que, o referido autor, determina que o objeto da Ciência Jurídica seja sempre "modalidade ou expressão: do comportamento ou conduta social do homem"[11].

O método fenomenológico determina uma análise cautelosa e profunda acerca do objeto de estudo. Aplicada ao campo da ciência jurídica esta característica permanece. É imprescindível revisitar teorias, conceitos, origens e etc., para desvelar o núcleo essencial da situação jurídica estudada. Cumprindo, assim, os passos da descrição e clarificação para compreender: primeiro, se as mudanças empreendidas "deformam"[12] o objeto; segundo, quais as consequências destas mudanças.

É, portanto, perfeitamente possível ao pesquisador a busca da essência das mais diversas situações jurídicas. No caso, a investigação que se pretende neste trabalho é a análise da "abstrativização" do controle difuso incidental. De pronto, é necessário conceituar: abstrativização é a equiparação dos efeitos do controle difuso incidental (inter partes) aos do controle difuso abstrato (erga omnes). Destarte, para esta pesquisa será imprescindível descobrir o núcleo imutável do controle difuso incidental. E a partir desta informação, certamente compreender se a tese da abstrativização, inaugurada pelo Supremo Tribunal Federal, descaracteriza ou não a essência deste modelo, bem como suas

prováveis consequências.

Capítulo II

ASPECTOS DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA

2. A NORMA JURÍDICA

2.1 *Conceito*

O estudo da teoria da norma jurídica é de fundamental importância para esclarecer as diversas dúvidas que inevitavelmente surgem na ciência jurídica. O conhecimento aprofundado das bases do pensamento jurídico é a certeza de nortear o caminho, por vezes tortuoso, do Direito. Antes do estudo de alguns aspectos desta teoria, urge saber o que é uma norma jurídica.

Para Arnaldo Vasconcelos[13], norma jurídica é a expressão formal do direito como disciplina de condutas no convívio social. Por este conceito, pode-se afirmar que as normas jurídicas são preceitos que regulam a vida em sociedade. De outra forma, Edvaldo Brito conceitua a norma jurídica como "um juízo porque é um ato do espírito, um ato intelectual, através do qual se afirma ou se nega uma coisa de outra, expressando-se na *proposição* que é a enunciação desse juízo."[14]. Embora não pareça, estes dois conceitos se completam. Assim, a norma jurídica é um juízo (não é natural, é consequência de um ato volitivo, axiológico, de classificação de justo e injusto, certo e errado, ou seja, um *dever ser*) expresso através de proposições que disciplinam o convívio social.

Diferente de outras normas (morais, religiosas, costumes e etc.), a norma jurídica é obrigatória. Ela deve ser cumprida, caso não, seu descumprimento implica em sanção. A coercibilidade e imperatividade são características decorrentes da sua validade. Em outras palavras, a norma jurídica impõe aos

destinatários um dever de obediência, independente da vontade dos mesmos, com a possibilidade do uso da força para combater aqueles que a descumprem.

Outro aspecto singular da norma jurídica é a sua estrutura. Como destacado na conceituação, ela é um juízo expresso através de proposições. Sua estrutura, então, são as proposições e estas podem ser concebidas como hipotéticas ou disjuntivas.

Kelsen distingue a norma jurídica da proposição. Para ele, normas jurídicas são mandamentos[15] (comandos imperativos ou permissões e atribuições de poder), enquanto proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem consequências a partir de certas condições pressupostas em conformidade com o sentido da ordem jurídica[16]. Apesar de discordar, com a devida vênia, do conceito dado por Kelsen às normas jurídicas, sua concepção das proposições jurídicas como juízos hipotéticos, é pertinente e conduzem à formulação da estrutura lógica hipotética da norma. Kelsen afirma:

> Se o direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então **a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado** (grifos no texto)[17]

Se, então, para Kelsen a proposição jurídica relaciona pressupostos e consequências, ambas especificadas pela mesma ordem jurídica, pode-se afirmar que a estrutura lógica hipotética da norma é: diante da não observação das condições pressupostas, deve ser a sanção. Em outras palavras, se o individuo não cumpre a prestação, este deverá sofrer a sanção.

Numa outra vertente, segundo Cossio, a norma não é um mandamento, mas um juízo disjuntivo[18]. Disjuntivo é a proposição que oferece duas alternativas que se excluem entre si. Assim, em consonância com sua Teria

Egológica do Direito[19], Cossio propõe um estrutura lógica disjuntiva para a norma. O esquema[20] abaixo facilitará o entendimento acerca do tema:



NORMA COMPLETA

Da análise do diagrama supra, percebe-se que a estrutura lógica da norma jurídica é revelada na proposição jurídica disjuntiva formada pela endonorma e perinorma. A endonorma que estabelece a prestação ou a obrigação, e a perinorma que estabelece a consequência do não cumprimento da prestação[21]. Quanto a este entendimento, esclarece Edvaldo Brito:

> Os dois elementos básicos contidos na norma, KELSEN denomina-os de *norma primária* e *norma secundária*, enquanto COSSIO, de *endonorma* e *perinorma.*
>
> KELSEN dizia que era *secundária* a norma que determina a conduta devida e primária a que descreve a sanção [...] Em escrito posterior, ele modificou o pensamento. [...]
>
> COSSIO, antes dessa revelada mudança de posição, já havia invertido os dois elementos: a norma que descreve a conduta, a do *relato*, é a *endonorma* e está por ele formulada em primeiro lugar; a do *cometimento* é a perinorma e vem em segundo lugar. A sua fórmula é a de uma proposição composta, da espécie hipotética disjuntiva [...][22]

Em nenhum momento, na estrutura disjuntiva, há uma negação da estrutura hipotética formulada por Kelsen. A nosso ver, há uma ampliação. Observe que por considerar norma jurídica um mandamento, Kelsen só enaltece o cometimento, ou seja, a parte da norma que estabelece a sanção. Já Cossio, que ver a norma jurídica como juízo (admitindo o direito como objeto cultural, conduta humana), revela a estrutura da mesma tanto com o relato (descreve a conduta, endonorma) quanto com o cometimento (perinorma).

Por fim, de tudo que foi descrito e analisado, pode-se afirmar que a norma jurídica é um juízo expresso por proposições jurídicas hipotéticas disjuntivas que determinam, obrigam por meio de sanções, certa conduta humana no contexto de convívio social.

2.2. *Ciclo da norma jurídica.*

Depois de esclarecer o conceito de norma jurídica, cabe o estudo de alguns aspectos da Teoria da Norma Jurídica. O porquê de limitar este estudo é justificado, primeiro, pela extensão do conteúdo desta teoria – precisaríamos de um livro inteiro dedicado só a este tema - e, em segundo lugar, por ser só estes aspectos interessantes ao trabalho.

Para facilitar a dinâmica de estudo e leitura, será feita uma analogia entre o ciclo da vida e os aspectos, que agora nos é relevante, da Teoria da Norma Jurídica. Assim, tal como os seres vivos nascem, se desenvolvem e morrem, a norma jurídica também tem seu ciclo.

2.2.1. O nascimento: existência, validade e eficácia.

Determinar o nascimento de um ser humano é uma tarefa, geralmente, fácil. Todavia, determinar o surgimento de uma norma jurídica causa certa dificuldade. O motivo deste problema, em geral, é pela confusão que se faz entre os termos existência, validade e eficácia. Questiona-se: será que uma norma "nasce" quando é existente; quando é válida, ou quando é eficaz? Embora não pareça ao senso comum, cada uma destas palavras têm significados totalmente discrepantes na Teoria da Norma Jurídica.

Para chegar a um conceito de existência, será necessário trabalhar primeiro o conceito de inexistência. Seguindo a lógica de Tércio Sampaio, "inexistência é um conceito que se aplica à norma que não chega a entrar no sistema, pois seu centro emanador não é aceito absolutamente como fonte do

direito do sistema [...]”[23]. Inexistente, portanto, é a norma que emana de uma pseudo autoridade estatal. Perceba que ainda não estamos falando em competência. É ainda mais grave. Dois exemplos satisfazem para explicar. Numa primeira situação, imaginemos que um líder religioso decreta, na sua cidade, que todos os habitantes devem cultuar certa divindade, caso contrário serão presos. Esta norma tem aparência de existência, mas este líder religioso não é uma autoridade estatal para tanto. Num outro viés, imaginemos agora que um prefeito institui um novo código penal para esta mesma cidade. Apesar de ser autoridade, o prefeito é incompetente para tal ato. No primeiro exemplo, a norma nem existiu. Já no segundo ela existe, mas é inválida. A inexistência, portanto, é como uma gravidez psicológica. A mulher sente todos os sintomas, mas o feto não existe.

A partir do conceito de norma jurídica inexistente, a conclusão será que: existência é o fenômeno jurídico pelo qual uma norma emana de um domínio aceito absolutamente como fonte do direito no sistema estatal.

Quanto à validade, uma norma jurídica é válida quando preenche, no seu processo de formação, todos os requisitos formais e materiais que o ordenamento jurídico exige. Este conceito será importante para entender o porquê do fundamento de validade de uma norma estar em outra que lhe seja superior. Esta questão será aprofundada na segunda parte deste trabalho, por hora é o bastante esclarecer que o processo de formação de uma norma está descrito em outra norma hierarquicamente superior. De modo que se um destes requisitos lhe faltar, a norma inferior será inválida. Dentro da analogia proposta, uma norma inválida é como um bebê natimorto. A norma jurídica inválida “[...] não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade”[24].

Após o correto processo de formação, a norma jurídica é válida. Todavia, a sua vigência só ocorre, geralmente, após a sua publicação. Vale lembrar que vigente “é a norma válida (pertence ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência

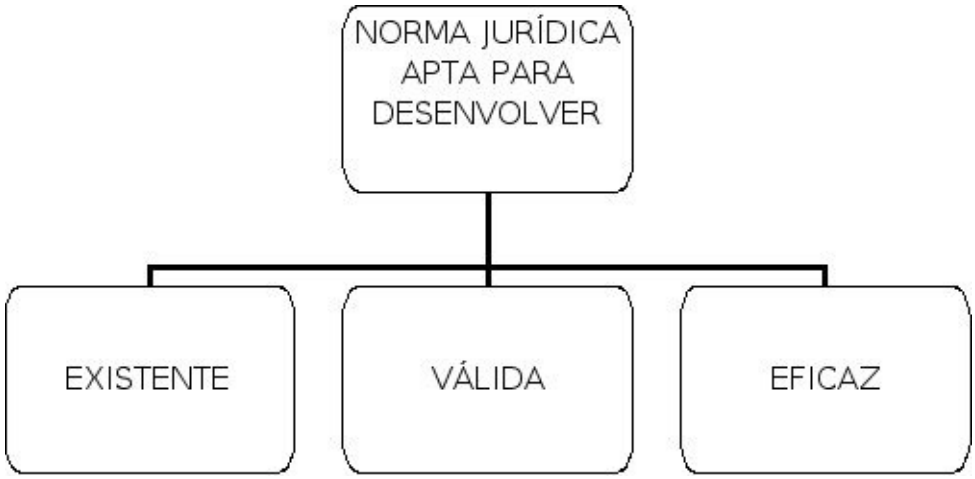
exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, o qual decorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada."[25]

Enquanto vigência tem relação com tempo de validade, a eficácia é a aptidão da norma para gerar efeitos. Uma norma jurídica é eficaz quando produz resultados, irradia efeitos. Dentro do plano da eficácia, está contida a efetividade da norma jurídica. Efetividade ou eficácia social é capacidade que tem a norma jurídica de exprimir comportamentos adequados ao quadro social na qual está inserida, ou seja, quando o relato (endonorma) é apropriado para ser assimilado pelo destinatário da norma[26].

> Ora, enquanto a validade exprime uma relação entre o aspecto-cometimento de uma norma e o aspecto-relato de outra que a imuniza, a efetividade exprime uma relação entre o aspecto-cometimento e o aspecto relato da mesma norma. Em outras palavras, não é possível saber se uma norma *isolada* é válida ou não, mas é possível dizer se ela e efetiva.[27]

O trecho supracitado foi escrito por Tércio Sampaio. Ele não só descreve o comportamento diferenciado entre validade e efetividade, como também elucida a importância dos dois planos para o desenvolvimento da norma jurídica.

Por fim, depois de esclarecer os planos da existência, validade e eficácia da norma jurídica, pode-se afirmar que a norma "nasce" - está apta a se desenvolver – quando perpassa com êxito a tríade de planos. Vejamos no fluxograma abaixo:



Sumariamente: toda norma para ser válida precisa ser existente, para ser eficaz precisa ser válida. Nota-se, de forma clara, que a gênese da norma jurídica é um processo. E um processo ao mesmo tempo axiológico e teleológico. Estas características foram referidas por Miguel Reale[28], na análise da nomogênese jurídica. Axiológico, porque pressupõe uma escolha diante dos múltiplos valores existentes na sociedade (uma série de motivos ideológicos), imersos num complexo fático (conjunto de circunstâncias da vida cotidiana). Teleológico, pois é um processo dirigido à determinada finalidade, qual seja: ora de preservar uma conduta valorada positivamente; ora de vedar condutas valoradas negativamente.

2.2.2. O desenvolvimento: aplicação e interpretação.

Depois de nascer com vida e saudável, o ser humano caminha para desenvolver-se. Ele então cresce, torna-se mais maduro para então gerar outro ser humano, se assim o quiser. No caso da norma jurídica, depois de existente, válida e eficaz, ela estará apta para ser aplicada. E para sua aplicação, esta norma jurídica deve ser interpretada.

Quando uma norma jurídica nasce ela é abstrata, genérica, ou seja, suscetível de ser aproveitada em inúmeros casos. A aplicação da norma nada mais é do que adequá-la a um caso concreto. Para adequar a norma jurídica a uma situação ou conflito, é necessário interpretá-la.

A interpretação da norma jurídica não é simplesmente entender seu texto

e contexto, ela tem uma finalidade prática. O objetivo do aplicador (jurista) da norma jurídica é, além de estabelecer-lhe o sentido no seu contexto, fixar o alcance e força adequados ao caso real. “Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento.”[29]

Para interpretar uma norma jurídica existem algumas formas, ou técnicas, preestabelecidas pela Teoria das Normas Jurídicas. Cada doutrinador impõe uma didática diferente para explicar essas técnicas. Neste trabalho será adotada a classificação feita por Montoro[30], só por uma questão de empatia com a didática utilizada.

A interpretação pode ser classificada segundo os critérios de: origem; método utilizado pelo intérprete; e resultado ou efeitos. Cada um desses critérios impõe algumas classificações que serão analisadas nos próximos parágrafos.

Quanto à origem a interpretação pode ser classificada como: judiciária; legal; administrativa; e doutrinária. A judiciária é a interpretação feita pelo juiz ao sentenciar. A interpretação legal é aquela feita pelo legislador através da edição de outra norma jurídica chamada de interpretativa. Neste caso, a interpretação de uma norma se encontra em outra. Já a interpretação administrativa é aquela realizada pelos órgãos administrativos, de função executiva. Por fim, a doutrinária, ou não autêntica[31], é aquela feita por juristas em seus trabalhos científicos, pareceres e etc. Esta última interpretação, diferente das outras, não produz enunciado vinculante, não obriga, por não ter sua origem em um órgão estatal.

Já quando se fala no critério método, a interpretação pode ser classificada como: gramatical ou filológica; lógico; sistemática; histórica; sociológica; teleológica; e axiológica. Este critério é muito importante para a aplicação da norma jurídica.

A interpretação *gramatical ou filológica* leva em consideração o

significado das palavras contidas na norma jurídica e as suas funções gramáticas no enunciado normativo. “Parte-se do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma”[32]. Embora, o natural seja começar a interpretação por este método, aplicá-lo isoladamente é perigoso por dois motivos. Primeiro, pelos vários significados que uma mesma palavra pode ter - por exemplo, a palavra “manga” que pode ser desde uma fruta a uma parte da camisa- e, às vezes, pela falta de exigências gramaticais da norma culta. Segundo, porque este método de interpretação não leva em conta a adequação à realidade social. Para Tércio Sampaio[33], a interpretação gramatical só serve para mostrar e demonstrar o problema, e não para resolver. Deve-se, portanto, encarar este método tão somente como um importante ponto de partida para o aplicador da norma.

A interpretação *lógica* “lida com as palavras da lei na forma de conceitos”[34]. Conceitos são definições, assim quando o jurista usa uma palavra X, esta deve ser sempre entendida com o mesmo conceito nas mais diversas normas jurídicas. Tal como a interpretação gramatical, o uso do método lógico isolado não dá ao aplicador elementos suficientes para dirimir conflitos.

Quanto à interpretação *sistemática*, esta leva em consideração a unidade do sistema normativo. Desta forma, nenhuma norma jurídica pode ser interpretada de forma isolada, mas em harmonia com os princípios gerais do sistema.

No caso da interpretação *histórica*, o contexto em que a norma foi criada é de extrema importância. Aliada a esta e na mesma direção, é a interpretação *sociológica* que objetiva a adequação da norma jurídica aos fatos e necessidades da sociedade na qual está inserida.[35]

A interpretação *teleológica*, como próprio nome sinaliza, é aquela que busca o sentido, alcance e força da norma tendo como pressuposto que toda norma jurídica tem um propósito, um fim. Então, é com base na intenção que o

legislador tinha ao editar a norma, que o aplicador deve interpretá-la. No método *axiológico*, o aplicador busca valorar situações, e com base neste valor dado as normas são interpretadas.

Por fim, quanto ao resultado, a interpretação pode ser classificada como: declarativa; extensiva; e restritiva. Quando o aplicador se limita a expressar o enunciado da norma jurídica, ele apenas faz uso de uma interpretação declarativa. Do contrário, quando o aplicador amplia o sentido da norma para abarcar casos que inicialmente não seriam ditados pela norma jurídica interpretada, diz-se que ele o faz de forma extensiva. E quando o aplicador restringe o sentido, alcance e força da norma jurídica, ele utiliza a interpretação restritiva.

Nenhum desses tipos de interpretação pode ser escolhido de forma isolada. É o aplicador quem deve dosar, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, qual forma de interpretação deve ser utilizada caso a caso.

O mais importante é ressaltar que: aplicação é olhar a norma jurídica sob a perspectiva de um caso ou conflito real, para verificar se é adequada ou não para resolver o conflito. Para tanto, é necessário interpretar esta norma jurídica, e interpretar: é fixar-lhe sentido, alcance e força.

Por fim, cabe destacar o caráter criador da interpretação. Ora, a norma jurídica deve acompanhar e se adaptar às mudanças que se operam na sociedade ao longo do tempo. Mudanças estas que podem ser fáticas, ideológicas, ou de qualquer outra natureza. Importa que a vida desta norma seja preservada o máximo possível, ainda que esta tenha de “sofrer alterações semânticas através do tempo”[36].

2.2.3. A morte: nulidade, anulabilidade e revogação.

Tal como os seres humanos, as normas também podem “morrer” em qualquer fase da vida. E a depender da causa de sua “morte”, a norma jurídica pode ser nula, anulável ou revogada.

A nulidade advém de algum problema “congênito” (no processo de formação) que macula a validade de uma norma jurídica. Em outras palavras, uma norma que não cumpre alguns dos requisitos (formais ou materiais) no seu processo de formação além de inválida é nula e não gera qualquer efeito. No caso da nulidade, como a norma já nasce morta, ainda que a falta de validade só venha a ser aferida posteriormente, ela não gera efeitos. Tércio Sampaio afirma:

> Normas produzem efeitos. São dotadas de eficácia técnica. Essa capacidade de produzir efeitos, contudo, quando a norma não tem validade, pode ser-lhe recusada desde o *momento em que passaria a ter vigência*, sendo-lhe a capacidade de produzir efeitos negada *ex tunc* (desde então). Falamos, nesse caso, de *nulidade*. Assim, por exemplo, uma lei aprovada e promulgada contra os ditames constitucionais diz-se nula no sentido de que seus efeitos são desconsiderados desde o momento em que começou a viger.[37]

A nulidade é como uma morte prematura. A norma jurídica não está apta para gerar efeitos, ter eficácia, justamente por lhe faltar validade. Portanto uma norma declarada nula, mesmo numa declaração tardia, é nula desde o seu processo de formação.

Já a anulabilidade ocorre quando algum(s) destinatário(s) pede(m) a sua anulação. Neste caso, a norma jurídica é válida e gera efeitos. Todavia, são os seus efeitos nocivos. Se a norma jurídica de fato for anulada, sua eficácia só poderá ser desconsiderada a partir do momento da sua anulação. Assim, a norma jurídica “tendo entrado em vigor, produz e continua produzindo efeitos, até o momento em que, em certo prazo, for pedida e obtida a anulação.”[38]

Por fim, a norma jurídica pode ser revogada. Revogação é fazer cessar a vigência de uma norma jurídica (revogada) por outra norma (revogadora) também jurídica[39]. A norma revogada não tem qualquer problema de validade ou eficácia. Apenas por uma questão de dinâmica do sistema (mudança de contexto político, econômico ou social), ela é retirada do ordenamento jurídico a

qual pertencia. Geralmente, a norma revogadora dita como será a retirada da norma revogada.

A revogação pode ser total, ou parcial. Será total quando toda a norma jurídica for retirada do sistema de normas de um ordenamento. Ao contrário, será parcial (também chamada de derrogação) se só uma parte desta norma for revogada. Quem estabelece se toda a norma ou parte dela será revogada, é a norma revogadora.

Importa ressaltar, a norma revogadora pode manifestar expressamente qual norma, ou que elemento desta, será revogado. Esta revogação é chamada de expressa. Ou poderá está implícita - pela incompatibilidade entre nova e antiga norma - quando a revogação terá o nome de tácita. E, por último, temos a revogação global, quando a norma revogadora implicitamente, não por uma incompatibilidade, regula toda matéria já regulada pela norma revogada.

Enfim, depois de discorrer sobre a “morte” da norma jurídica, algumas construções lógicas podem ser feitas: 1) a norma nula não gera nenhum efeito; 2) a anulabilidade depende do requerimento do interessado; 3) a revogação só pode ser feita pela autoridade que tem competência para editar normas jurídicas.

Capítulo III

ASPECTOS DA TEORIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

3. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

3.1. *A Constituição Jurídica.*

Em 1863 Ferdinand Lassalle numa conferencia para intelectuais e trabalhadores da antiga Prússia, indagava sobre qual é a essência da Constituição. Numa construção didática e singular, Lassalle chega à conclusão de que Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade[40]. Para ele, esses fatores reais do poder são uma "força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser,* em substância, *a não ser tal como elas são"*[41].

O conceito de Constituição proposto por Lassalle é o conceito de Constituição que ele denomina de Real ou Efetiva. Todavia, o autor reconhece também a existência da Constituição Jurídica.

Para Lassalle a Constituição Jurídica é apenas uma folha de papel na qual deveriam estar escritos os fatores reais do poder. Aliado a este entendimento, uma vez escritos, a Constituição Jurídica transforma os fatores reais de poder em fatores jurídicos. Assim, com o status de lei, quem atentasse contra eles deveria ser punido[42]. Destaca o autor que a Constituição Jurídica é uma prerrogativa dos tempos modernos, diferente da Real ou Efetiva que sempre existiu e sempre existirá, "pois não é possível imaginar uma nação onde não

existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam”[43].

Embora Lassalle reconheça a existência da Constituição Jurídica, ele aponta uma dependência vital desta com relação à Constituição Real. Assim, a Constituição Jurídica deve corresponder à Real, caso contrário, sucumbirá necessariamente. Inclusive, para explicar esta dependência, Lassalle propõe a seguinte abstração:

> Podem meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tranco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira.’ Bastará esse papel para transformar em figueira o que a macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos.[44]

A fábula supracitada esclarece como, na visão do autor, se comporta a Constituição Jurídica diante da Constituição Real. Se a primeira prescreve um comportamento que difere dos fatores reais e efetivos do poder, esta não deverá ser levada em consideração. É uma mera formalidade que não muda a realidade, por isso pouco importa o que diz a Constituição Jurídica se não satisfizer a Constituição Real.

É notório o contracenso de Lassalle. Ele, por um lado, afirma que os fatores reis do poder uma vez escritos, tornam-se fatores jurídicos exigíveis com punição. Mas, por outro lado, nega que a Constituição Jurídica tenha a força necessária para existir fora do alcance da Constituição Real, como se em nada alterasse a realidade. Ora, se ela não tem força normativa como pode exigir comportamentos sob pena de sanção?

É Konrad Hesse quem irá dirimir esta questão, através do seu livro “A força normativa da Constituição”- que, inclusive, inspira a nomenclatura deste item. O livro é fruto de sua aula inaugural ministrada na Universidade de

Freiburg, e objetiva contrapor a concepção defendida por Ferdinand Lassalle, pela qual as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas políticas. O autor afirma que quando Lassalle defende a ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real, acaba negando a Constituição jurídica. Assim, o Direito Constitucional serviria tão somente para justificar as relações de poder dominantes, descaracterizando seu objeto enquanto ciência normativa[45].

Sobre a questão da existência ou não da força normativa da Constituição o autor afirma ser necessário a análise de três aspectos. O primeiro sobre o condicionamento recíproco existente entre Constituição jurídica e realidade política-social. O segundo é acerca dos limites e das possibilidades da Constituição jurídica. E por fim, o terceiro aspecto, são os pressupostos de eficácia da Constituição.[46]

No primeiro aspecto, o autor entende que é necessário associar o elemento sociológico e o elemento normativo para a análise da ordenação jurídica na realidade. Caso esta análise seja unilateral, levará a um inevitável extremo de uma norma despida de qualquer elemento da realidade (positivismo jurídico) ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo (positivismo sociológico). Assim, a pretensão de eficácia (aspecto jurídico) de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização. São aspectos autônomos, discrepantes, mas de condicionamento recíproco.[47]

Quanto aos limites e possibilidades, estes, segundo Hesse, só poderão ser compreendidos pela relação entre Constituição jurídica e a realidade. O desenvolvimento efetivo de uma Constituição (sua força vital e eficácia) está condicionado à vinculação às condicionantes: política; social: e econômica. Assim, a Constituição não poderá construir o Estado de forma abstrata e teórica, sob pena de permanecer “eternamente estéril”.[48]

Ressalta o autor, ainda no segundo aspecto, que a força normativa da Constituição não está somente na sua adaptação à realidade, pois ainda que ela

não possa realizar nada, ela pode impor tarefas. Portanto, a Constituição se converterá também em força ativa se estiverem presentes não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. Isso representaria mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, mas a consciência de que o Homem está permanentemente convocado a dar conformação ao Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas.[49]

Por fim, os pressupostos para o desenvolvimento da força normativa da Constituição referem-se ao conteúdo e a práxis desta Constituição. Quanto ao conteúdo a Constituição deve levar em conta tanto os aspectos sociais políticos e econômicos dominantes, quanto o apoio e a defesa da consciência geral (estado espiritual do seu tempo). É igualmente indispensável que o seu conteúdo mostre-se em condições de se adaptar a uma eventual mudança dessas condicionantes – além das disposições estruturais do Estado, dever ter poucos princípios fundamentais, estes sempre de forma ponderada e nunca de forma absoluta. Já quanto à práxis da Constituição, a vontade de constituição é fundamental ao respeito da mesma. Assim, deve-se sempre limitar a intensa revisão constitucional, mesmo diante de uma mudança de situação, pois isto abala sua confiança e debilita a sua força constitucional.[50]

3.2. *A Norma Jurídica Constitucional*

A Constituição Jurídica, então, compõe o elemento jurídico do conceito Constituição. Ela representa a força normativa da Lei Fundamental de uma sociedade, pois transforma os fatores reais do poder (realidade política, econômica, social e valores fundamentais) em normas constitucionais aptas a condicionar o elemento sociológico que, por outro lado, também as condiciona.

A norma constitucional é norma jurídica. E como tal, todas as características e aspectos da Teoria da Norma Jurídica se aplicam a ela. Assim, todo o ciclo da norma jurídica estudado no capítulo anterior é o mesmo para as normas constitucionais. Ainda que a essência (o eidos) seja a mesma, por óbvio

elas constituem uma variação de norma jurídica e, portanto, possuem peculiaridades. Importa ressaltar que estas particularidades de modo algum as desnaturam enquanto normas jurídicas que são, mas revelam comportamentos adicionais.

Nos próximos tópicos serão apresentadas algumas peculiaridades das normas constitucionais. Novamente, cabe salientar que existem muitos outros aspectos da Teoria da Norma Constitucional, mas necessário se fez pontuar somente aquelas que ajudarão a elucidar o tema central deste trabalho.

3.2.1. Eficácia e validade da norma constitucional.

A Constituição Jurídica é, portanto, um conjunto de normas jurídicas. Esparsas ou compiladas em um único documento, as normas constitucionais são as principais normas jurídicas de uma sociedade. Se a Constituição Jurídica se apresenta em um só documento escrito – tal como a nossa atual Constituição de 1988 - , segundo Edvaldo Brito[51], sua estrutura típica é formada por três partes: o preâmbulo; a parte dogmática; e as disposições transitórias.

Todos os dispositivos contidos no preâmbulo, na parte dogmática e nas disposições transitórias têm valor normativo. Quanto ao preâmbulo, existe uma posição contrária defendida pelo Supremo Tribunal Federal. Para a cúpula do Poder Judiciário o preâmbulo tem natureza política e não jurídica. Ousamos discordar, apontando o ensinamento de Edvaldo Brito, pelo qual o preâmbulo tem valor normativo porque, em regra, condiciona a interpretação de toda a parte dogmática[52].

Ao reconhecer a natureza normativa de todas as partes da Constituição Jurídica, queremos com isso indicar que toda ela tem eficácia. Em outras palavras, enquanto normas jurídicas que são, as normas constitucionais determinam, obrigam, não são, portanto, meros programas ou plano diretor para o Estado.

Apesar de encontrar total lógica na assertiva supra, nem sempre este

entendimento prevaleceu na doutrina. Dominava o pensamento de que nem todo dispositivo constitucional tem natureza jurídica, tem imperatividade. Era uma ótima forma de fundamentar a inércia política. Os representantes políticos não obedeciam estes preceitos constitucionais, com a desculpa de não ser exigível aquilo que é apenas programático, um ideal.

A grande dificuldade dos juristas era identificar a aplicabilidade de certos dispositivos constitucionais. Lembrando que aplicabilidade é um termo relativo à aplicação da norma na realidade, e a aplicação, como já analisado, depende da eficácia. “Ou seja, para que possa ser aplicada, a norma deve produzir efeitos jurídicos.”[53]. Não reconhecer a aplicabilidade de um dispositivo constitucional é, portanto, negar-lhe eficácia e sem eficácia não nasce norma jurídica.

Aos dispositivos que não se reconhecia aplicabilidade, os doutrinadores chamavam de normas programáticas. A ideia do valor programático de disposições constitucionais nasce com as transformações sociais que emergem depois da primeira guerra mundial, “quando os textos legais desse nível começam a agasalhar direitos sociais e econômicos como compromisso entre as tendências que se chocam nos grupos sociais: as progressivas e as conservadoras.”[54].

Foi Vezio Crisafulli, professor universitário italiano, que transformou a antiga concepção de normas programáticas. No trabalho intitulado “ Efficacia delle norme costituzionali programatiche” ele classificou as normas constitucionais em : normas de eficácia plena; normas de eficácia limitada de legislação; e normas de eficácia limitada programáticas. As primeiras são normas que têm aplicação imediata, as de eficácia limitada necessitam de lei integradora para serem aplicadas e “As normas de eficácia limitada programáticas são enunciados preceptivos que vinculam os diversos órgãos do Estado à realização dos objetivos fundamentais da unidade política, assinalados pelo poder constituinte originário.”[55]. Assim, reconheceu-se que TODAS as

normas constitucionais têm aplicabilidade, o que pode variar é o grau dessa aplicabilidade. E se as normas constitucionais têm aplicabilidade, também têm eficácia. São definitivamente normas jurídicas!

A importância de se reconhecer a eficácia de todos os dispositivos constitucionais é a de garantir a efetividade da Constituição. Uma Constituição efetiva é aquela que pode ser exigida por meio de sanção, aquela que toda a sociedade e o próprio Estado devem respeitar e fazer cumprir. "Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da *ação* e da *jurisdição* -, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais."[56]

Outro aspecto relevante na Teoria das Normas Constitucionais é relativo à validade. Lembramos que para ser válida, uma norma jurídica precisa cumprir os requisitos formais e materiais em seu processo de formação. Requisitos estes descritos numa norma jurídica superior. Assim, dentro da perspectiva da mencionada teoria, uma norma inválida é uma norma inconstitucional, ou seja, àquela que fere os requisitos insculpidos na Constituição Jurídica. Se não existem num mesmo sistema jurídico normas que sejam superiores à Constituição Jurídica, será que existe a verificação da validade de normas constitucionais? Em outras palavras, é possível existir normas constitucionais inconstitucionais?

Otto Bachof escreve sobre a possibilidade de existirem normas constitucionais inconstitucionais. O autor aponta que os juristas adotam a postura de que a Constituição é igual ao documento constitucional. Assim, para esta grande parcela, uma norma da Lei fundamental não pode estar em contradição com a própria Lei Fundamental. Todavia, deve-se levar em consideração o alargamento do conceito de Constituição que passa a ser composto por dois elementos: o jurídico e o sociológico.[57]

Otto Bachof distingue a Constituição escrita ou formal, da Constituição material[58]. A primeira é a lei formal, as disposições escritas da Constituição. Já a segunda entende-se como o conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado.[59] O conceito material de Constituição exige que se leve em consideração o direito supralegal, que apenas é reconhecido pelo texto constitucional escrito e não criado. Assim, sustenta o autor que o legislador constitucional tem sua autonomia limitada pelo direito supralegal.

Para o autor a relação entre direito supralegal (pré-estadual, supra-estadual) e Constituição deve ser analisada. O fato de alguns dos direitos supralegais terem sido incorporados no texto constitucional não significou a resolução do problema entre o direito positivado e suprapositivo, pois não há como uma Constituição prevê todo o direito supralegal, bem como não há garantia absoluta de que este direito será salvaguardado[60].

A distinção entre Constituição em sentido formal e material suscitada pelo autor serve também para distinguir entre a inconstitucionalidade de normas jurídicas resultantes da infração da Constituição escrita ou da Constituição material.[61]

Quanto à constituição escrita pode haver inconstitucionalidade de normas constitucionais, quando o próprio documento constitucional traz condições para sua entrada em vigor (ilegalidade no conjunto), ou quando uma norma constitucional isolada não corresponder aos requisitos postos pela Constituição, ou ainda quando normas pré-constitucionais não forem observadas no processo constituinte. Há inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição, quando a lei de alteração não observar as disposições processuais prescritas na Constituição Formal ou quando esta lei se propõe a alterar disposições da Constituição positivadas como imodificáveis.[62]

Quanto à violação do direito constitucional não escrito, pode-se verificar

inconstitucionalidade das normas constitucionais: por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; e por infração de direito supra legal não positivado.[63]

Em suma, a verificação da validade na perspectiva da Constituição não se restringe às normas infraconstitucionais, mas abarca também as próprias normas com status constitucional. Esta verificação se dá por meio do controle de constitucionalidade. Aprimorar, portanto, o mecanismo de jurisdição constitucional, em especial o controle de constitucionalidade, é aprimorar a validade e a efetividade das normas constitucionais em um determinado ordenamento.

3.2.2. Hermenêutica Constitucional.

No item anterior, com a análise da eficácia e validade das normas constitucionais, percebe-se que esses dois elementos são essenciais para garantir a força normativa da Constituição. Outro mecanismo importantíssimo para viabilizar essa força ativa é a interpretação constitucional. Ela "[...] deve pretender dar realização ótima aos preceitos da constituição, e, como pressuposto fundamental, uma práxis constitucional voltada à vontade de constituição, prática que deve ser partilhada por todos os partícipes da vida constitucional [...]"[64].

Nunca é demais lembrar: se aplica também às normas constitucionais tudo que foi escrito neste trabalho sobre a interpretação das normas jurídicas. Repito normas constitucionais são normas jurídicas, apenas com comportamentos adicionais típicos de uma variação fora do núcleo imutável.

A interpretação constitucional por muito tempo esteve vinculada a um modelo de interpretação reducionista. Isto porque esta interpretação estava inserida num contexto de sistema fechado (ou sociedade fechada), as normas constitucionais eram aplicadas sem levar em consideração a interação delas com a realidade social (elemento sociológico). Com a necessidade de efetivar a

Constituição, passam a ser incorporados à interpretação constitucional métodos voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar social[65].

O melhor método para interpretar a Constituição Jurídica em interação com a realidade de uma sociedade (elemento sociológico) é o de promover a participação dos destinatários da norma no processo de interpretação constitucional. É Peter HÄBERLE quem propõe esta democratização da interpretação constitucional. "Neste sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: *de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta*".[66]

Ninguém melhor do que a sociedade para auxiliar na interpretação ou co-interpretação constitucional, afinal é ela quem vive no contexto regulado pela Constituição Jurídica. Não dá para cogitar uma interpretação que busca integrar norma e realidade sem a participação do cidadão ativo. Por isso que hoje há um forte movimento para promover esta participação, tais como: as audiências públicas e o "amicus curiae" (amigo da corte) no Controle de Constitucionalidade.

Por óbvio há inúmeras formas de participar a sociedade na interpretação constitucional. Destacamos aqui a própria provocação, pelo cidadão, da atividade jurisdicional constitucional. Isto porque quando o autor ou réu justificam sua pretensão, eles acabam suscitando o "diálogo jurídico"[67] sobre a aplicação de uma determinada norma, no caso, constitucional. É de extrema importância que o leitor guarde esta informação, pois em tópico oportuno será associada à importância de não se consolidar a abstrativização do controle difuso incidental. Por hora, basta saber que a interpretação constitucional não é exclusiva aos órgãos estatais, o cidadão que formula um recurso constitucional é igualmente intérprete da Constituição[68].

– Parte II –

Estado Democrático de Direito

Capítulo IV

A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

4. HANS KELSEN E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

4.1. *Hans Kelsen*

Como um jurista renomado e de leitura obrigatória, Kelsen dispensa uma apresentação detalhada da sua vida e obra. Todavia, a fim de examinar com maior clareza alguns aspectos da sua obra "Teoria Pura do Direito", devemos analisar, ainda que superficialmente, o contexto histórico[69] que circundou a pesquisa de Kelsen.

Hans Kelsen nasceu, em Praga, no dia 11 de outubro de 1881. Kelsen além de ajudar, intelectualmente, na formulação da Constituição republicana austríaca, exerceu o cargo de juiz por nove anos na Corte Constitucional da Áustria.

Foi ainda na Áustria que desenvolveu e publicou sua obra[70] mais famosa (alvo de nosso estudo) "Teoria Pura do Direito", isto em 1934. Esta obra foi um marco para a Ciência do Direito. Para entendermos melhor, no contexto em que Kelsen formulou sua teoria, o direito ainda não tinha objeto nem método próprios, era apenas estudado como parte de uma ciência sociológica, psicológica ou outra ciência humana. Kelsen trabalhou uma epistemologia jurídica com o objetivo de dá ao direito uma autonomia científica.

Com o nazismo, Kelsen, que era judeu, se viu obrigado se refugiar nos Estados Unidos. Neste exílio, Kelsen continuou a lecionar e foi professor na

Universidade de Berkeley. Permaneceu nos Estados Unidos até a sua morte em 1973, quando faria 92 anos.

Para finalizar este breve escorço histórico, podemos afirmar que Kelsen está para a Ciência do Direito, assim como René Descartes para o Método Científico. Seja para crítica ou confirmação de suas teorias, estes autores são de citação obrigatória e importância salutar para o desenvolvimento de suas respectivas áreas.

4.2. *A construção lógico-sistemática na teoria kelseniana.*

Depois da aludida contextualização, poderemos iniciar o estudo mais aprofundado da obra "Teoria Pura do Direito". Para a nossa proposta de trabalho, a análise da mencionada obra ficará restrita ao Capítulo V, "Dinâmica Jurídica", onde Kelsen desenvolve a teoria da norma fundamental e seus desdobramentos.

Kelsen inicia este capítulo discutindo o problema do fundamento de validade das normas. Tão logo, chega à conclusão de que o fundamento de validade de uma norma se dá por outra norma. E essa norma que representa o fundamento de validade de outra, é uma norma superior com relação à primeira.

A construção supramencionada poderia ser infinita, pois sempre é necessária uma norma superior para validar outra (inferior). Todavia, para por um fim, Kelsen estabelece a norma hipotética fundamental como aquela última e mais elevada, que serviria de fundamento de validade para todas as outras. Portanto, como o Direito é concebido como uma ordem normativa, a unidade deste complexo de normas depende da norma fundamental.

Esta ordem jurídica tem caráter essencialmente dinâmico, já que a norma fundamental prescreve a forma de construção de normas válidas. Assim, a norma fundamental, em Kelsen, não pode fornecer o conteúdo válido das normas inferiores, através do que ele chama de "uma conclusão do geral para o particular"[71], ou seja, de uma forma lógica, evidente e imediata (ordem jurídica de caráter estático).

A norma fundamental, numa ordem jurídica dinâmica, representa "(...) o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo"[72]. É a norma fundamental que confere competência à autoridade legislativa.

Mas, finalmente, o que representa esta norma fundamental, no âmbito de um Estado? Para responder esta questão, Kelsen percorre a ordem jurídica procurando qual seria a norma superior última, segundo a lógica do fundamento de validade. Ele chega à conclusão que, dentro do território de um Estado, esta norma fundamental é a Constituição. Isto porque, para Kelsen o fundamento de validade para esta Constituição deve ser pressuposto. Nas palavras do Autor:

> (...) e se se pergunta pelo fundamento de validade de uma Constituição estadual que foi historicamente a primeira, quer dizer, de uma Constituição que não veio a existência pela via de uma modificação constitucional de uma Constituição estadual anterior, então a resposta – se renunciarmos a reconduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas criadas em conformidade com ela à uma norma posta por uma autoridade metajurídica, como Deus ou a natureza – apenas pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser *pressuposta* para que seja possível interpretar os atos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas.[73]

O trecho supracitado aponta para a crucial importância de pressupor a Constituição de um Estado como norma fundamental. E isto tanto para teoria de Kelsen, quanto para nosso trabalho. É esta suposição de que o Estado deve se conduzir conforme preceitua sua Constituição que serve de fundamento para o Controle de Constitucionalidade, bem como para formatação do Estado de Direito.

4.3. *Estado de Direito*

A supremacia da Constituição é, sem dúvidas, um alicerce fundamental

para Estado Democrático de Direito. Tal como um grande prédio precisa ter boas fundações, assim é o Estado Democrático de Direito. Se a Constituição deste Estado não for superior a todas as autoridades e leis, certamente o mesmo tombará.

Não há na doutrina melhor construção do que a alvitrada por Hans Kelsen para explicar a origem e as bases da supremacia da Constituição. É possível entender, por meio da teoria de Kelsen, a posição hierárquica da Constituição na ordem jurídica de um Estado, bem como a sua supremacia frente aos entes estais e à sociedade como um todo. Por isso, depois analisada esta construção fica mais fácil associar o Estado Democrático de Direito à supremacia da Constituição. Sem esquecer, é claro, do conceito de validade das normas jurídicas, bem como da necessidade dela para o "nascimento" da norma – já estudado na primeira parte deste trabalho.

Como visto no item anterior, Hans Kelsen em sua obra emblemática "Teoria Pura do Direito" [74], ao adotar como critério o fundamento de validade, defende que uma ordem normativa é concebida por uma construção lógico-sistemática escalonada. Assim, normas (e elementos) inferiores devem se submeter às normas superiores. Caso contrário, se as inferiores entram em contradição, devem ser excluídas desse sistema jurídico.

O Estado de Direito é "um Estado ou uma forma de organização política-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo *direito.*"[75] O Estado de Direito é um paradigma que foi desenvolvido, principalmente, pelos Estados ocidentais.

> A ideia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a ideia de *rule of Law* (regra do direito ou império do direito). Na França emergiu a exigência do Estado de legalidade (*État légal*). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do *Estado Constitucional*, ou seja o Estado sujeito à uma constituição. Na Alemanha constituiu-se o princípio do

> Estado de direito (*Rechtsstaat*), isto é, um Estado subordinado ao direito.[76]

Como esclarecido no trecho supracitado, foi nos Estados Unidos que emergiu a noção de um Estado sujeito à Constituição. Segundo Kelsen[77], o Estado é uma ordem jurídica centralizada. Enquanto ordem jurídica obedece ao fundamento de validade, segundo o qual: uma norma superior valida uma norma inferior. Assim, o fundamento de um Estado não está numa autoridade (pessoa), mas na norma fundamental (Constituição).

É inegável que a ideias supramencionadas de Kelsen nos ajudam a entender com maior precisão o conceito do Estado de Direito. No sentido contrário, José Afonso da Silva afirma que a concepção jurídica de Kelsen deforma o conceito de Estado de Direito. Nas palavras do autor:

> A concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo o Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. Por isso, vota significado desprezo a esse conceito. Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma ideia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também à interesses ditatoriais, como vimos. Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial.[78]

Com o devido respeito, discordamos da colocação do eminente Autor. De fato, a concepção de Estado de Direito que corrobora com construção da ordem jurídica por Kelsen é estritamente formal. Todavia, isto não a deforma. Muito pelo contrário, a concepção de Estado de Direito deve ser formal, pois se trata de uma estrutura de Estado. A valoração (ou o conteúdo) deve ficar na adjetivação deste Estado de Direito, como por exemplo, a partícula

“democrático” ou “social”. Portanto, se se quer levar em conta a realidade política, social ou econômica estaremos falando em um “Estado Democrático de Direto”, ou num “Estado Social de Direito”, ou qualquer outro, qual seja a ideologia deste Estado de Direito.

4.3.1 *Vínculo entre Estado de Direito e Controle de Constitucionalidade*

O vínculo indissolúvel entre o Controle de Constitucionalidade e o Estado de Direito, está intimamente ligado à teoria de Kelsen sobre a norma fundamental. Entendida a concepção de Estado de Direito, passemos ao conceito de Controle de Constitucionalidade. Neste momento ficaremos com um conceito simples, no item correspondente iremos detalhar um pouco mais.

Controle de Constitucionalidade, em termos gerais, é a defesa da Supremacia Constitucional contra atos, normas ou omissões que contrariem o Texto Constitucional. Assim, “Para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina de *controle de constitucionalidade das leis*, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da *Jurisdição Constitucional.”*[79]

Portanto, dado os conceitos, o vínculo indissolúvel existente entre o Controle de Constitucionalidade e o Estado de Direito é a Supremacia da Constituição. Nos dois institutos há a real necessidade (ou *conditio sine qua non*) do Estado ter uma Constituição e que esta submeta a organização política, social, legislativa e jurídica à sua autoridade. “A supremacia da constituição resulta, consequentemente, do seu caráter inicial e fundante do sistema jurídico”.[80].

Por fim, a conclusão que chegamos é: se há um vínculo indissolúvel entre o Controle de Constitucionalidade e o Estado de Direito, estes institutos estão intimamente ligados. Portanto, um comportamento (seja ele legislativo, executivo ou judiciário) que desabone o Controle de Constitucionalidade irá, necessariamente, produzir efeitos irradiantes no Estado de Direito.

Capítulo V

TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

5. MONTESQUIEU E A DIVISÃO DO “PODER”

A tripartição das funções do Estado é outro importante alicerce para o Estado Democrático de Direito. A distribuição dos três “poderes” está vinculada à ideia de liberdade do povo. Foi Montesquieu que delineou melhor a ideia da divisão do “poder” como uma divisão entre três órgãos diferentes, autônomos e independentes entre si. Assim, seria uma forma de garantir a limitação da arbitrariedade das autoridades do Estado, ou seja, uma limitação do próprio poder. Afirma Montesquieu: “Desejaria verificar, em todos os governos moderados que conhecemos, qual é a distribuição dos três poderes e daí calcular o grau de liberdade que cada um pode fruir.”[81]

A divisão em verdade não é do poder, mas das funções e órgãos do Estado. Assim, temos a função legislativa exercida pelos órgãos Legislativos, a administrativa exercida pelos órgãos Executivos e a jurisdicional exercida pelos órgãos Judiciários. A atual Constituição brasileira adotou a tripartição das funções que está expressa no seu artigo 2º, por óbvio não poderia ser diferente já que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito.

Atualmente houve uma mitigação na independência e autonomia de cada um desses três órgãos num Estado. Este sistema oriundo do direito Norte-Americano e chamado de *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos) é uma busca do equilíbrio entre os órgãos através da interferência (controles recíprocos), para que nenhum dos poderes se sobreponha ao outro. No Brasil

este fenômeno foi consagrado pela Constituição como harmonia entre os poderes. O Controle de Constitucionalidade é um exemplo de interferência do Judiciário no Poder Legislativo.

Outra inovação posterior à Montesquieu é a autorização do exercício de funções típicas de um órgão, por outro. Todavia jamais poderá um órgão extrapolar a competência do outro sem a devida anuência constitucional, sob pena de violar o princípio da separação dos “poderes”. O exercício da função atípica serve apenas para evitar que, por exemplo, o Poder Legislativo precisasse do Executivo cada vez que quisesse aumentar ou renovar seu quadro de servidores. Ou seja, é tão somente para garantir certa autonomia e evitar complicações desnecessárias.

Podemos concluir que a teoria da separação dos “poderes” nasceu para limitar o próprio poder, bem como que esta teoria é parte imprescindível do Estado Democrático de Direito. Portanto, qualquer afronta à tripartição das funções estatais representará também uma afronta ao modelo de Estado adotado pelo Brasil.

Capítulo VI

DEMOCRACIA

6. REGIME DEMOCRÁTICO

Democracia é um regime político cujo fundamento está na soberania popular e na participação, direta ou indireta, do povo no governo de um Estado. Este assunto é de extrema importância, pois, em linhas gerais, é da fusão entre Estado de Direito e democracia que surge o Estado Democrático de Direito. A compreensão do Estado Democrático de Direito, está, então, também condicionada à apreensão de democracia.

Na democracia, a soberania popular e a participação do povo no governo aparecem como elementos essenciais para este regime político. Um povo soberano é aquele do qual emana o poder, sua vontade deve estar acima de qualquer outra. E a expressão maior dessa vontade é a Constituição. Quanto à participação, é a forma de exercício do poder. O povo poderá participar de forma direta, ou ainda de forma indireta - ao eleger representantes para, em seu nome, exercer alguma atividade na máquina estatal. Sabe-se que o regime democrático é um processo, portanto ainda existem obstáculos a transpor para se alcançar plenamente os objetivos de uma sociedade, substancialmente, livre e igual.

Depois de um período longo de ditadura militar, a democracia resurge no Brasil trazendo consigo a esperança de um governo mais igualitário e com efetiva participação do povo. Refletindo este sentimento nacional a nova Constituição de 1988 logo no seu artigo 1º, parágrafo único, afirma taxativamente: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”[82].

É certo que o exercício (direto ou indireto) deste “poder”, pelo povo, tem como base a regra da maioria[83]. Mas o que é a regra da maioria? Depois de analisar diversos autores que a definem, Campilongo propõe a seguinte conceituação:

> [...] a regra da maioria é uma técnica rápida de tomadas de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à continua revisão e mantém a sociedade unida.[84]

Deste conceito podemos extrair que a regra da maioria utilizada como amparo à democracia, é aquela que supera a noção de uma pura e simples técnica de tomadas de decisões. A regra da maioria deve assegurar a ampla participação do povo na vida política do Estado, bem como legitimar decisões políticas. Além disso, destacamos a titularidade do povo! Essa questão é salutar quando relacionamos democracia e Controle de Constitucionalidade, por exemplo. Vejamos:

> A regra da maioria poderia ser examinada, por exemplo, na relação entre o sistema partidário e o sistema judiciário. De um lado, por que tanto um quanto o outro decidem por critérios majoritários. De outro pelo problema que a teoria democrática enfrenta quando a lei – votada no parlamento ou chancelada pelos instrumentos de participação popular semi-direta no processo político, portanto, fruto da vontade da maioria – é declarada inconstitucional, não regulamentada, inaplicável à espécie ou interpretada de maneira restritiva pelos tribunais. Contrapõem-se, aqui, duas maiorias: a maioria do povo e a maioria dos magistrados na votação do caso concreto. De modo prático e dogmático, a

> questão tem fácil solução: o Judiciário deve observar rigorosamente a Constituição, isto é, o pacto legal aprovado pela maioria mais expressiva. Na realidade, o trabalho dos tribunais raramente transcorre de maneira tão simplista e mecânica.[85]

É justamente da relação entre Controle de Constitucionalidade e o Estado Democrático de Direito que advém o debate constitucional sobre o limite da atuação de órgãos jurisdicionais na defesa da Constituição. Os Tribunais Constitucionais, ou, para nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal (em ultimo grau de jurisdição constitucional) têm atuado de forma cada vez mais expressiva como guardiões da Constituição, ainda que muitas das vezes em detrimento da expressão da vontade geral.

A democracia é fundamental para o processo de formação das leis. As leis de um Estado devem expressar a vontade do dono do poder! No caso, as normas devem ser a expressão da vontade geral. E essa expressão deve suplantar os atos de toda a sociedade e seus representantes. A Constituição funciona como a maior expressão da vontade do povo.

Na realidade, nem toda a lei expressa a vontade da sociedade. A ideia de que o legislador é um ser incorruptível, já não se sustenta. Como bem resume Clèmerson Merlin Clève, em seu artigo “Controle de Constitucionalidade e Democracia”:

> A compreensão inicial era, afinal de contas, de que o legislador seria incapaz de ofender os direitos fundamentais, seria incapaz de agredir a igualdade e a liberdade, exatamente porque ele encarnava a vontade popular, encarnando por meio da representação a vontade popular, sendo ele mesmo o povo, não seria capaz de agredir a si mesmo. A história constitucional demonstrou justamente o contrário.[86]

A decepção supracitada marca o início de uma espécie de “Era” do “apelo ao juiz contra o legislador”[87]. A importância da jurisdição constitucional cresce e com ela também o ativismo judicial. As Cortes Constitucionais aparecem como salvadoras da Constituição, dos direitos sociais, das minorias e etc. Outro maniqueísmo perigoso, achar que o magistrado ou membro da Corte Constitucional é incorruptível seria incorrer no mesmo erro. A questão não deve ser condicionada nestes termos.

O ativismo das Cortes Constitucionais merece maior atenção e cuidado não porque o magistrado é “bom” ou legislador é “mau” e vice-versa, mas porque a atividade legislativa pode ser responsabilizada! O Magistrado não é o representante do povo e não poderá ser responsabilizado por seu juízo, por isso sua cognição é livre. Já os legisladores são eleitos como representantes da vontade geral e devem ser responsabilizados, por isso sua cognição é condicionada.

Por fim, há uma conexão profunda entre democracia e controle de constitucionalidade. Na primeira parte deste trabalho falamos da importância de uma interpretação constitucional aberta para toda a sociedade. Aliando este conhecimento com o esposado aqui, podemos concluir que a atividade das Cortes Constitucionais, em sede de Controle de Constitucionalidade, deve ter a participação popular cada vez mais incentivada. Assim, ganhará força a democracia, tanto na elaboração das normas, quanto na aplicação destas.

– Parte III –

Jurisdição Constitucional

Capítulo VII

NEOCONSTITUCIONALISMO

7. NEOCONSTITUCIONALISMO

7.1. *Escorço histórico*

Embora o nome “constitucionalismo” induza à ideia de um movimento que propaga a existência de uma Constituição para organizar a estrutura estatal, não é este o objetivo deste movimento[88]. “O constitucionalismo se despontou no mundo como um movimento político e filosófico inspirado por *idéias libertárias* que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes.”[89]

Entendido o conceito de constitucionalismo, pode-se afirmar que este movimento surgiu ainda na antiguidade clássica. Podemos destacar dois povos: os israelitas e os gregos. O povo de Israel – ou hebreus, como são mais conhecidos – foi o pioneiro na limitação de poder dos governantes, isto porque tanto os reis quanto os “súditos” estavam submetidos à lei de Deus[90]. Já as cidades-Estado gregas, em especial Atenas, se destacam porque inauguraram o regime democrático direto. Como já descrito na segunda parte deste trabalho, a democracia se sobressai por ser um regime de governo que oportuniza, de forma direta ou indireta, a participação do povo nas atividades e decisões do Estado. Por isso mesmo a democracia representa, ao mesmo tempo, uma limitação aos governantes, e um respeito ao direito dos governados (aqui cidadãos) de ter voz no Estado. O berço da democracia é Atenas, e sem nenhuma dúvida uma

democracia genuína, com participação direta do povo, ideal do movimento constitucionalista.

Com a queda do império Romano, a descentralização política e a formação de feudos, surge para a história um novo período chamado de Idade Média. Por muito tempo, a Idade Média (século V ao XV) foi apelidada de "Idade das Trevas", isto porque se acreditava que nada de relevante tenha acontecido neste período. Ocorre que este apelido não condiz com a verdade histórica. Foi na Idade Média que os burgos foram se formando, que a cultura foi disseminada e conjugada em grandiosas bibliotecas através do trabalho dos monges copistas, a arte e a arquitetura se destacam com obras grandiosas (igrejas, castelos...), dentre outros tantos acontecimentos e criações. Quanto ao movimento constitucionalista, a Idade Média é extremamente relevante, pois foi nela que em 1215 o Rei João Sem Terra firmou um importante pacto com os bispos e barões ingleses, este pacto ficou conhecido como Magna Carta inglesa.

Mas por que a Magna Carta representa tanto para o movimento constitucionalista? A Magna Carta "apesar de ter garantido tão somente privilégios feudais aos nobres ingleses, é considerada como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade."[91]. Estes direitos subjetivos dos governados passaram fundamentar a limitação das ações dos governantes, por isso a importância salutar desta declaração.

Seguindo a evolução histórica do constitucionalismo, passemos à Idade Moderna. O grande marco da Idade Moderna, sem dúvida alguma, foi a Revolução Francesa. Por si só - e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade - a Revolução Francesa (1789) representa um grande salto para o movimento constitucionalista. Mas na verdade, a grande obra da era moderna foi a Constituição Jurídica (ou escrita). Dirley da Cunha pontua muito bem este trunfo:

> O constitucionalismo moderno, contudo, surge vinculado à ideia de Constituição *escrita*, chegando a seu ápice político com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais*.[92]

A constituição que era até então material (as aspirações da sociedade por liberdade, direitos fundamentais e participação no governo de um Estado), torna-se escrita. Por óbvio alguns documentos importantíssimos antecederam ao aparecimento das primeiras constituições escritas, são eles: *Petition of Rights* de 1628; *Habeas Corpus Act* 1679; *Bill of Rigths* de 1689; *Act of settlement* de 1701. Estes documentos abriram as portas para as primeiras Constituições Escritas. Como revelado no trecho supracitado, o constitucionalismo passa a contar com sua arma mais importante: a Constituição Jurídica. Seu objetivo agora está formalmente escrito.

Depois da Segunda Guerra Mundial, a sociedade percebeu que não bastava a limitação do poder político. Aquele documento escrito (a Constituição Jurídica) precisava limitar o poder dos governantes, garantir os direitos fundamentais (individuais e coletivos) e ter eficácia. Não bastava só o documento, agora ele tinha de ter força normativa. Foi esta mudança no objetivo do movimento constitucional que passou a ser designado de neoconstitucionalismo.

Chegamos aos tempos hodiernos (ou idade contemporânea, pós-modernidade) com a sensação de que muito se evoluiu no decurso da história. Saímos de um constitucionalismo ideal, passamos pelo escrito e agora precisamos torná-lo efetivo. Sim, estamos num ponto crucial. É necessário render esforço demasiado para construir a ponte entre o escrito e a realidade,

entre o formal e o efetivo. É disto, portanto, que se trata o neoconstitucionalismo e de que depende o sucesso do Estado Democrático (ou Constitucional) de Direito.

7.2. *Neoconstitucionalismo e o caminho para a efetividade da Constituição Jurídica.*

O neoconstitucionalismo surge, então, após a Segunda Guerra Mundial. Vale lembrar que neste período a Europa estava devastada do ponto de vista físico e político. As experiências com regimes totalitários – nazismo, fascismo, salazarismo- antes e durante a Segunda Guerra, fizeram com que a sociedade europeia desejasse a reconstitucionalização da Europa. Esta reconstitucionalização redefiniu o lugar da Constituição Jurídica e a influência do direito constitucional[93].

Agora a Constituição Jurídica assume o papel de principal norma jurídica na dinâmica do Estado e o direito constitucional passa a influenciar todas as instituições e situações jurídicas da atualidade. O neoconstitucionalismo é "um novo pensamento constitucional voltado à reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política."[94]

Neste sentido, Luís Roberto Barroso[95] define três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo, quais sejam: o histórico; o filosófico; e o teórico. O marco histórico foi o novo direito constitucional no pós Segunda Guerra Mundial, principalmente na Alemanha e na Itália[96]. O marco filosófico é o pós-positivismo que busca ir além da legalidade estrita (positivismo), mas não despreza o direito posto (jusnaturalismo), ou seja, é uma superação dos modelos puros (positivismo e jusnaturalismo) para um modelo difuso e abrangente de ideias. Por fim, no marco teórico tem-se: o reconhecimento da força normativa da Constituição Jurídica; a expansão da jurisdição

constitucional; e o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional.

Os objetivos e características do neoconstitucionalismo são formidáveis. Todavia a pergunta que se faz é: quais os instrumentos que o neoconstitucionalismo propõe para se chegar à uma Constituição Jurídica efetiva? A resposta não pode ser outra. Ao lado da força normativa, da constitucionalização do direito, da nova hermenêutica constitucional, o instrumento mais importante para percorrer o caminho da efetividade das normas constitucionais é, sem dúvida, a jurisdição constitucional.

Não há outro caminho para efetivar uma norma, senão o da sua aplicação. Na primeira parte deste trabalho vimos um pouco sobre aplicação e efetividade da norma jurídica. A aplicação nada mais é do que adequar uma norma jurídica existente, válida e eficaz à realidade. Vimos também que dentro do Estado Democrático de Direito a função de aplicar normas jurídicas é típica do Poder Judiciário. “Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da justiça constitucional) [...]”[97].

Capítulo VIII

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

8. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

8.1. *O que é jurisdição constitucional?*

Desde que o homem resolveu viver em sociedade, há conflitos. A comunidade pareceu ao homem primitivo uma forma excelente de sobrevivência, afinal, juntos eles seriam mais fortes. Embora este estilo de vida, que até hoje perdura, seja indispensável e necessário ao indivíduo, é verdade também que está opção nem sempre se dá com relações pacíficas e respeitosas.

Com o aparecimento da sociedade, o homem teve de formular modos de resolver os seus inevitáveis conflitos. JJ Calmon de Passos[98] faz um escorço histórico sobre a evolução acerca do assunto. Ele afirma que nos primórdios da organização social, não havia uma autoridade superior capaz de decidir os conflitos entre os componentes da comunidade, tampouco de impor-lhes uma decisão. Assim restava-lhes encontrar solução ou pelo acordo entre os contendores, ou pela luta entre os interessados. Fica evidente, portanto, que as primeiras formas de compor conflitos permaneciam na esfera privada.

Outra conclusão lógica da vida em sociedade é o direito. Como escreve Calmon de Passos[99], “[...] Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus. Onde o homem, aí a sociedade; onde a sociedade, aí o direito.”. Esta é uma verdade. Ora, se há conflitos é porque houve desrespeito à regra, ao direito, à uma ordem jurídica. Sociedade é, consequentemente, ao mesmo tempo prenúncio de conflitos e de uma ordem jurídica.

O restabelecimento da ordem jurídica, perturbada pelo conflito, passou da esfera privada para a esfera pública com o nascimento da instituição Estado. Percebeu-se que “o emprego da força privada, como meio de defesa do direito, constitui, na realidade, a negação de todo o direito e de toda convivência social pacífica: deixar aos próprios interessados a incumbência de resolverem por si só os próprios conflitos, é o mesmo que excluir-se a possibilidade de uma decisão imparcial, uma vez que ninguém pode ser juiz em causa própria.”[100]. Foi da necessidade de pacificar a sociedade e de manter a ordem jurídica que o Estado tomou para si a solução dos conflitos.

É neste momento que nasce a ideia de jurisdição. Jurisdição é, etimologicamente, dizer o direito, ou seja, é a função assumida pelo Estado de restabelecer e manter a ordem jurídica, através da composição de conflitos. Calmon de Passos amplia este conceito ao afirmar:

> “Se, etimologicamente, jurisdição significa dizer o direito (juris e dictio), na realidade dos fatos o seu conteúdo é mais amplo, porquanto não se limita ao conhecimento da causa e ao seu julgamento, incluindo também a execução do julgado. Pela jurisdição o direito não é apenas declarado, ele é aplicado e aplicado autoritativamente.”[101]

O texto supracitado nos ensina que a jurisdição não se limita ao julgamento, ela aplica a norma jurídica autoritativamente, ou seja, com exigência de sujeição. A indagação sobre o que é jurisdição constitucional agora, certamente, ficará mais fácil de ser respondida. Isto porque, é da associação do conceito de jurisdição com adjetivo “constitucional” que se extrai a seguinte conclusão: jurisdição constitucional é dizer a Constituição com a finalidade de compor um conflito que envolve norma constitucional, e não apenas declará-la, é aplicar sua interpretação autoritativamente.

Com base no conceito proposto, a primeira manifestação da jurisdição

constitucional ocorreu em fevereiro de 1803 nos Estados Unidos da America, quando o juiz John Marshall, da Suprema Corte, resolveu um conflito tendo por parâmetro a Constituição. O litígio era entre William Marbury e James Madison.

Tudo aconteceu quando John Adams, o presidente dos EUA, antes de ser sucedido por Thomas Jefferson, nomeou Marbury para o cargo de juiz de paz. Ocorre que James Madison, Secretário de Estado do sucessor presidencial, não efetivou a nomeação de Marbury. Inconformado, Marbury impetrou um “writ of mandamus” para obrigar Madison entregar a sua comissão de juiz de paz para o Distrito da Columbia.

Num primeiro olhar, pode parecer só mais um conflito ordinário que provocara a atividade jurisdicional do Estado. No entanto, foi a brilhante e engenhosa decisão do juiz Marshall que inaugurou, com larga repercussão, a jurisdição constitucional. Para julgar o caso, Marshall faz uma construção para tentar responder a três questões primordiais: 1) se a parte teria direito à comissão que estava requerendo; 2) e se tinha o direito, e este direito fora violado, se as leis do país lhe facultavam recurso; 3) se facultavam recurso, era o de mandamus emanado do tribunal?[102]

Na primeira questão, Marshall reconhece o direito de Marbury. Na segunda, assegura a existência recurso pelas leis norte-americanas. É na análise da terceira questão que Marshall exerce a jurisdição constitucional, propriamente dita, quando ele questiona a competência da Suprema Corte e se depara com uma lei infraconstitucional que confere esta competência originária e uma norma constitucional que não lhe conferia competência originária, só em grau de recurso. Instalou-se aí um conflito que envolvia norma constitucional, então decidiu Marshall:

> Emphaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aquells que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma com outra, os tribunais devem julgar acerca da efficacia de cada uma dellas.

> Assim, se uma lei está em opposição com a Constituição; si, applicadas ellas ambas a um caso particular. O tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição; ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.
>
> Si, pois, os tribunais teem por missão attender à Constituição e observá-la, e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca esta resolução ordinária, governará o caso a que ambas se applicam.[103]

Nas brilhantes palavras supracitadas, Marshall chega a conclusão: por ser a Constituição Jurídica superior a qualquer lei ordinária, ela deve governar e decidir o conflito em que ambas se aplicam.

Marshall inaugura, assim, a jurisdição constitucional ao "dizer a Constituição" na solução de um conflito que envolvia norma constitucional. Mais do que isto, Marshall demonstra que qualquer ato normativo (legislativo ou executivo) incompatível com a Constituição é nulo. Para Alfredo Buzaid[104], mesmo experiências anteriores como a lusitana (invalidade das leis incompatíveis com as Ordenações) ou a inglesa (doutrina de Coke sobre a atribuição do juiz de declarar nula uma lei contra a razão, direito natural ou prerrogativas reais) não se compara com a repercussão internacional da doutrina americana da constitucionalidade das leis (caso Marbury *versus* Madison).

Desde a decisão de Marshall aos tempos hodiernos, a jurisdição constitucional tomou um impulso considerável. E não poderia ser diferente, já que a maioria dos países do mundo adota suas respectivas Constituições como Lei Fundamental. Assim, se o parâmetro da jurisdição constitucional é a Lei mais importante de um país, esta jurisdição deverá ser também a mais importante. E de tão necessária, seu conceito, origem, estruturação, contornos e limites devem ser objeto de estudos cada vez mais aprofundados.

8.2. *Jurisdição constitucional e democracia.*

Entendido o conceito e a importância da jurisdição constitucional na atualidade, tendo em vista o neoconstitucionalismo. Passemos a entender o papel desta jurisdição no Estado Democrático de Direito, ou melhor, a relação entre jurisdição constitucional e democracia.

Como já foi afirmado, o (neo)constitucionalismo do pós Segunda Guerra Mundial (1945), segunda metade do século XX, objetiva sobretudo a efetividade da Constituição Jurídica. Por conseguinte, isto no Estado Democrático de Direito[105], implica na valorização do Poder Judiciário, mais especificadamente, da jurisdição constitucional e dos tribunais constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 emerge no contexto do neoconstitucionalismo. É nítido perceber a mudança que houve no texto da atual Constituição se comparada às Constituições brasileiras anteriores. O rol de garantias e direitos fundamentais é enorme. Os instrumentos de efetivação destes direitos, chamados de "ações constitucionais"[106], também têm importância salutar e inédita no constitucionalismo brasileiro.

É muito fácil compreender, também no contexto atual do Brasil, o deslocamento do eixo de valorização que houve entre as três funções estatais. Hoje, por exemplo, se um indivíduo tem algum problema de saúde que necessite do uso constante de medicamento cujo preço está muito além do seu orçamento, será mais fácil e eficiente consegui-lo por via de ação com suporte no artigo 196[107] da Constituição Federal, do que fazer um requerimento administrativo à União.

O que se quer dizer com isso é: a linha divisória entre o político e o jurídico se torna cada vez mais tênue. "[...] o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais."[108]

Aqui reside o grande questionamento sobre a legitimidade democrática

dos membros de um Tribunal Constitucional. Isto porque a seleção destes agentes públicos não se submete a um processo de escolha popular, como acontece com os membros do Poder Legislativo e Executivo.

Embora pareça autêntico o questionamento acima revelado, não há qualquer fundamento. “[...] a jurisdição constitucional deve ser considerada sob a ideia de que a vontade da maioria ocasionalmente detentora do poder político não pode prevalecer sobre as escolhas político-jurídicas feitas durante o consenso democrático privilegiado responsável pela Constituição.”[109] Assim, a legitimidade democrática do processo antimajoritário de escolha dos juízes constitucionais está no fato de ser fixado pela própria Constituição Jurídica, como no exemplo da Constituição Federal de 1988. A intenção da Constituição Brasileira foi afastar as eventuais alegações de ilegitimidade democrática, por isso prevê expressamente o processo de escolha formal dos nossos juízes constitucionais[110].

O eventual ataque que pode existir com relação à democracia, é o desvio de competência. É a invasão não autorizada pela Constituição Jurídica de funções típicas de outros poderes (legislativas e políticas). Nesta perspectiva, qual o limite da jurisdição constitucional? Em que momento ultrapassa a linha e se torna uma decisão política? Será que a jurisdição constitucional pode infamar a democracia?

8.2.1.*Decisão judicial e decisão política.*

De início que fique bem claro: a jurisdição constitucional não fere a democracia quando decide em favor de minorias em detrimento da maioria. Democracia não é, e não pode ser, “ditadura da maioria”, é, por outro lado, um regime político que reconhece o governo do povo para o povo. Assim, a jurisdição constitucional, quando decide em favor de minorias – por óbvio, se de acordo com a Constituição - na verdade, consolida a democracia, afinal, minoria também é povo. Todavia, quando a jurisdição constitucional adota uma decisão

política, aí sim atinge a democracia.

> Esta percepção é referendada por um argumento muito simples: um dos fundamentos do *judicial review* é que justamente o Poder Judiciário seria o mais bem aparelhado e especializado para decidir questões político-jurídicas de cunho constitucional, justamente porque tal Poder possui características de atuação que o afastam do padrão de decisões baseadas em critérios de mera oportunidade e conveniência política[111]

No trecho supracitado encontra-se um dos motivos do afastamento de critérios políticos numa decisão jurídica. Decisões políticas são aquelas pautadas por critérios de oportunidade e conveniência, já as decisões judiciais são dirigidas por critérios jurídicos (normas jurídicas constitucionais).

Num Estado Democrático de Direito todos estão vinculados à Constituição Jurídica, inclusive e sobretudo, a própria atividade jurisdicional constitucional. Isto significa que, embora haja uma valorização do jurídico, o limite da jurisdição constitucional é a própria Constituição jurídica. É a Constituição que irá autorizar ou não qualquer postura dos Tribunais Constitucionais, ela que deve ser a norteadora das decisões judiciais.

Diante da valorização do judiciário, algumas críticas surgiram. Todas elas tendo como base a invasão do jurídico na esfera política e legislativa. Chega, então, na doutrina alguns termos como: “ativismo judicial”; “judicialização”; dentre outros. Veremos o significado de cada um desses termos. Por hora, interessa saber que a valorização do judiciário não deve significar supremacia, afinal, suprema no Estado Democrático de Direito só a Constituição.

Dalton Santos Morais[112], ver o perigo da super-expansão da jurisdição constitucional justamente na “politização da justiça”. Isto porque o

juiz constitucional pode adotar uma postura de julgamento que, por um lado, se afasta dos argumentos e parâmetros de validade de natureza jurídica, e, por outro, se aproxima de critérios políticos que não estão fixados pela Constituição.

Um Tribunal Constitucional que julga por critérios políticos, dota de total instabilidade sua decisão. Pois o que parece oportuno e conveniente em dado contexto e circunstância ou, pior, por pressão da opinião pública – entenda aqui imprensa-, pode não coadunar com princípios constitucionais. Aí que está o problema, se a "voz" da Constituição se mostra instável, qual a segurança restará para o texto constitucional? Lembrando sempre que o objetivo é a busca da efetividade deste texto.

Para discorrer mais sobre decisões judiciais e decisões políticas, será necessário analisar duas correntes doutrinárias: a procedimentalista e a substancialista. São duas perspectivas hermenêuticas. A primeira pretende através de uma democratização processual progressiva, chegar ao ápice de uma sociedade aberta dos interpretes da Constituição (lembrar-se da primeira parte deste trabalho). Já a segunda, pretende uma interpretação com a preocupação de concretizar valores.

Habermas, um dos grandes doutrinadores da corrente procedimentalista, afirma que há quatro diferenças cruciais entre normas e valores. Uma delas é o agir, para as primeiras o agir é obrigatório, já para os valores o agir é teleológico. Outra diferença é a pretensão de validade binária (para as normas) e gradual (para os valores). Há ainda uma obrigatoriedade absoluta para as normas e relativa para os valores, sem falar na quarta diferença que seria quanto aos critérios que cada uma delas deve satisfazer. Em suma, o que Habermas quer afirma é: por se distinguirem por qualidades lógicas, normas e valores não podem ser aplicadas da mesma maneira.[113] "À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável."[114]

É claro que o entendimento de Habermas corrobora é muito com o defendido neste trabalho. Ora, a Constituição Jurídica não é “uma ordem concreta de valores”, é sim, um conjunto de normas jurídicas. Assim o Tribunal Constitucional não é o guardião de valores. Se assim fosse daria margem a decisões políticas por parte deste tribunal, decisões volitivas, discricionárias. Pelo contrário, este deve garantir cada vez mais a participação democrática na interpretação constitucional, sabendo adotar decisões judiciais.

Lênio Strek entende que o substancialismo é o melhor aporte teórico para a compreensão da problemática da jurisdição constitucional, mas reconhece que esta corrente acaba corroída pela contaminação do ativismo judicial[115]. Sobre o ativismo judicial, judicialização, ou qualquer outro termo que indica a expansão do judiciário, cabe esclarecer que significa o extrapolar, por parte do Poder Judiciário, da linha divisória entre as suas competências e as do Poder Executivo e do Legislativo. É certo que dentro da perspectiva substancialista isto é inevitável. Se o judiciário lida com uma interpretação valorativa, facilmente irá engendrar politicamente ou legislativamente na ordem social.

Por fim, cabe ressaltar que a jurisdição constitucional deve ser pautada por decisões judiciais respeitando sempre a Constituição Jurídica. “Entre ‘substâncias’ e ‘procedimentos’, em nenhum momento o Judiciário pode vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito, na defesa do ativismo judicial. E qual o limite desse espaço? A Constituição e a força normativa de seu texto.”[116]

Capítulo IX

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

9. MODELO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

A esta altura do trabalho, a afirmação de que a jurisdição constitucional é o principal instrumento na defesa da supremacia da Constituição, certamente não causa qualquer estranheza ao leitor. No âmbito da jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade, certamente, é a forma mais relevante de perquirir este objetivo.

A maior expressão de jurisdição constitucional é, sem dúvida, o controle de constitucionalidade. No Brasil, o Poder Judiciário exerce grande parte desta função de controle. Resta ao Legislativo e ao Executivo uma parte ínfima, e pouco relevante, já que o Poder Judiciário é o responsável por declarar a (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. É muito importante salientar que a declaração de (in)constitucionalidade só poder ser feita pelo Judiciário. Edvaldo Brito[117] estabelece uma distinção muito interessante e didática entre controle e declaração de constitucionalidade. Para Edvaldo Brito declaração é uma forma de controle que é feita pelo Poder Judiciário. Ou seja, Controle é o gênero do qual a declaração é espécie.

Controle de Constitucionalidade, em termos gerais, é a defesa da Supremacia constitucional contra atos, normas ou omissões que contrariem o Texto Constitucional. Assim, “Para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina de *controle de constitucionalidade*

das leis, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da *Jurisdição Constitucional."*[118].

Existem três sistemas de Controle de Constitucionalidade: o político, o jurisdicional; e o misto ou híbrido. No controle político a verificação da constitucionalidade é efetivada por um órgão político. No jurisdicional, o judiciário detém a competência para declarar a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato. Por último, no controle híbrido a constituição faculta alguma das normas aos órgãos políticos e outras ao órgão jurisdicional para apreciação da constitucionalidade. No Brasil, há o predomínio do controle jurisdicional com pontuais atuações do legislativo[119] e do executivo outorgadas pela Constituição Federal de 1988.

O Controle de Constitucionalidade nasceu para defender a Supremacia da Constituição contra as inconstitucionalidades. Mas quais, o que são e como se operam essas inconstitucionalidades?

Inconstitucional é toda Lei ou Ato normativo do Poder Público que entra em desconformidade com a Constituição. Se lembrarmos do que fora dito com relação ao sistema escalonado de validade normativa, elaborado por Kelsen, ficará fácil conceber que tudo que foge da órbita da norma fundamental é inválido, é inconstitucional. Segundo a melhor doutrina, a inconstitucionalidade poderá ser das seguintes espécies: por ação ou por omissão.

A inconstitucionalidade por ação é aquela em que o Poder Público produz atos normativos que contrariam à Constituição. Em outras palavras, pressupõe uma atuação, um ato positivo que é incompatível com os princípios e preceitos constitucionais. Esta espécie pode se manifestar formalmente ou materialmente. Será formal quando a atuação não respeita o processo legislativo devido, assim a produção do ato normativo é maculada pela incompetência da autoridade que o constituiu, ou por qualquer inconformidade com as formalidades e procedimentos exigidos pela Constituição na sua formação. Será

material, por fim, quando a substância, o conteúdo, do ato normativo está em desacordo com Constituição.

Outra espécie de inconstitucionalidade é a omissiva (ou por omissão). Nessa espécie não há atuação do Poder Público, há, pelo contrário, um silêncio. E este não agir legislativo ou administrativo, deve provocar a não aplicação plena de alguma norma constitucional. Portanto, para constituir uma inconstitucionalidade não basta somente a omissão estatal, esta deverá ser o óbice para que direitos e garantias constitucionais sejam efetivados.

O Controle de Constitucionalidade pode ser exercido segundo dois critérios: o difuso, e o concentrado. O Controle difuso tem origem no direito Norte Americano e tem como característica o fato de poder ser impulsionado por qualquer pessoa e perante qualquer juízo ou tribunal. É próprio do controle difuso que este se dê por via de exceção, ou seja, de modo incidental, uma vez que o prejudicado, num caso concreto, pela suspeita inconstitucionalidade deve suscitá-la no processo do qual é parte. No modelo difuso temos, então, a via abstrata e a concreta ou incidental. Já o controle concentrado é marcado pela competência atribuída a uma Corte Especial, ou órgão de cúpula do Poder Judiciário, para avaliar a constitucionalidade. Opera-se o controle concentrado por via de ação direta (processo próprio e principal) sobre a inconstitucionalidade do ato normativo. Cabe salientar, que para a maioria dos autores, destaco José Afonso da Silva, o controle difuso seria só incidental e o controle misto seria a junção do controle difuso com o controle concentrado. Será adotado neste trabalho o entendimento contrário – de que só existem dois modelos: o difuso e o concreto- defendido por Edvaldo Brito[120]. Lembrando que o modelo difuso comporta o controle abstrato e o incidental.

A Constituição Federal de 1988 é a responsável por delinear o atual sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade, e adota o modelo difuso. Assim, à vista do nosso sistema hodierno, o exercício do controle pode se dá de forma incidental, ou de forma direta. Na forma direta, foram adotadas cinco

ações, quais sejam: direta de inconstitucionalidade (genérica); direta de inconstitucionalidade por omissão; direta de inconstitucionalidade interventiva; direta de constitucionalidade; e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

9.1. *Controle de Constitucionalidade difuso abstrato.*

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) genérica é marcada pela generalidade e abstração. Esta ação tem por objeto a própria declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. A constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar este tipo de ação. A eficácia da sentença proferida é *erga omnes* e vinculante, como aduz o artigo § 2º do artigo 102 da Constituição. Assim, se julgada procedente, produz coisa julgada material e retira a aplicabilidade da lei desde seu nascimento (efeito retroativo, ou *ex tunc*). Apesar do efeito retroativo da decisão, existe a ressalva contida no artigo 27 da Lei 9.868/99:

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

Cabe salientar, a total falta de fundamentação jurídica do trecho contido na legislação supracitada. Admitir que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei só possa surtir efeito depois do trânsito em julgado ou em outro momento a ser fixado pelo STF, seria admitir que uma lei inconstitucional tivesse algum momento de validade. Dentro da perspectiva e do método fenomenológico, este artigo atinge o núcleo imutável do conceito validade. Não existe norma inconstitucional que seja válida, já analisamos a razão disto. Por isso, registre-se o nosso desacordo com o supramencionado trecho da Lei 9.868/99. Ainda mais, este artigo dá margem a uma decisão puramente política

por parte do STF, já que não fixa qualquer parâmetro constitucional para tanto. Apenas confia aos ministros, por senso de oportunidade e conveniência, a escolha do momento em que a declaração surtirá efeitos.

O rol de legitimados para a propositura da ADI foi ampliado pela Constituição vigente. Até 1988 apenas o Procurador-Geral da República poderia propor esta ação. Atualmente, são legitimados: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Assembleia Legislativa de Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) foi uma das inovações da Constituição Federal de 1988. O objeto desta ação é justamente a omissão da medida que tornaria efetiva norma constitucional. Não tem efeito *erga omnes,* pois é dirigida ao Poder competente para a adoção das providências necessárias para suprir a omissão. Cabe ressalvar que não é permitido ao Judiciário legislar nem obrigar o Legislativo a legislar, devido ao já mencionado princípio da tripartição de poderes. Todavia a sentença que reconhece a omissão inconstitucional tem natureza mandamental dando a ciência e constituindo em mora o poder competente pela sua inação, caso seja órgão administrativo este deverá suprir a omissão em trinta dias (§ 2º do artigo 103 da CF/88).

Os legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão estão no rol previsto pelo artigo 103 da Constituição e são os mesmo legitimados para ADI.

Outra ação típica do controle concentrado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva). O objetivo desta ação não se restringe à declaração de inconstitucionalidade do ato, visa sobretudo

reestabelecer a ordem constitucional no ente estatal ou municipal através da intervenção. Assim, o Supremo Tribunal Federal (ADI interventiva federal) ou o Tribunal de Justiça (ADI interventiva estadual) deverá analisar se na situação estão presentes os pressupostos para a decretação da intervenção pelo Chefe do Poder Executivo. Vale salientar que o Poder Judiciário, se julgada procedente a ação, não poderá tornar nulo o ato normativo, deverá sim requisitar a intervenção federal ou estadual ao Chefe do Poder executivo. O único legitimado para propor a ADI interventiva federal é o Procurador-Geral da República, e na ADI interventiva estadual (regulada pela Lei 5.778/72) é o Procurador-Geral de Justiça.

Outra inovação da Constituição Federal de 1988 foi a Ação Declaratória de Constitucionalidade[121] (ADC), introduzida no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993. Para suscitá-la é necessária controvérsia acerca da constitucionalidade de alguma lei ou ato normativo federal, que pode ser evidenciada pela grande quantidade de ações a favor da sua inconstitucionalidade. Esta ação visa transformar a presunção relativa de constitucionalidade desta lei ou ato normativo questionado, em uma presunção absoluta e, então, resolver de uma só vez todas as ações pendentes.

Aqui reside uma grande questão, será que esta forma abstrata (eficácia *erga omnes* e efeito vinculante) de resolver diversos casos concretos viola os princípios da ampla defesa, contraditório e da tripartição do poder? A verdade é que grande parte dos doutrinadores brasileiros já questionaram a ADC alegando como vícios de inconstitucionalidade o fato desta ação violar os princípios suscitados. Para resolver a questão o Supremo Tribunal Federal determinou, em questão de ordem na ADC nº 1, a constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade. Data vênia, concordamos com a fala do autor José Afonso da Silva sobre o prejuízo da ADC que está intimamente ligado à democracia:

> O *objeto da ação* é a verificação da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal impugnado em processos concretos. Nisso ela corta o *iter* de controle de constitucionalidade pelo método difuso que se vinha desenvolvendo naqueles processos. Esse corte não me parece que seja infringente de regras ou princípios constitucionais. Mas parece certo que esta ação, mais do que a ação genérica de inconstitucionalidade, põe um problema relevante à compreensão das normas e valores constitucionais em correlação com a realidade social, porque suscita somente um confronto abstrato de normas, um confronto formal, que não leva em conta a possível influência dos valores sociais no sentido das normas constitucionais, de modo que uma lei que formalmente aparece como em contraste com enunciados constitucionais pode não estar em conflito com um sentido axiológico das normas supremas, com prejuízo, eventualmente, de ajustes dialéticos do ordenamento ao viver social, vale dizer, em prejuízo de uma visão material da justiça.[122]

Importa também transcrever a posição do autor Edvaldo Brito:

> Esse direito de ação é atribuído ao titular dessa pretensão, diante de um conflito que envolve o direito subjetivo vislumbrado, perante outrem. Instaurada a ação, o que se procura é compor uma lide. Consequentemente, a ação pressupõe, como um dos elementos, as partes.
>
> Diante do exposto, a chamada ação declaratória de constitucionalidade não participa da natureza jurídica de ação, porque a formulação da legitimidade ativa ad causam, no § 4º que foi introduzido na constituição, no seu artigo 103, não enseja qual é a parte contrária. Logo, como não pode haver ação sem partes, a inovação não pode prevalecer, sob pena de infirmar toda a pragmática da comunicação normativa processual.
>
> [...]
>
> É expresso esse limite, de natureza material, nos itens I e IV do § 4º do art. 60 da Constituição. O item I é invocado porque, ficando o juiz da Justiça Estadual inibido de exercer competência que lhe tenha sido atribuído pela lei de organização judiciária de apreciar, no caso concreto, os efeitos de aplicação de uma lei federal na prática de um ato administrativo estadual, dado que o Supremo já se tenha pronunciado por declaratória, essa inibição ofende a forma federativa. [...] [123]

Os dois autores são brilhantes em defender a falta de fundamento jurídico da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Têm razão quando afirmam que este instrumento não pode ser considerado ação, haja vista que lhe falta a parte

ré, só tem autor. Bem como são assertivos quando esclarece que a ADC fere o direito de ação**,** pois leva somente um confronto abstrato de normas, retirando do cidadão a oportunidade da análise do seu caso perante o Juiz Estadual, tendo em vista a declaração de constitucionalidade pelo STF.

Ainda sobre a ADC. Cabe relatar, por fim, que a legitimidade para propor esta ação é das mesmas pessoas legitimadas para ADI genérica.

A última ação direta é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Esta ação foi introduzida pela atual Constituição Brasileira, sendo mais uma de suas inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Como próprio nome sugere, esta ação visa proteger os preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Resta saber que são os preceitos fundamentais.

Como o ordenamento jurídico pátrio não define o que são preceitos fundamentais decorrentes da Constituição cabe à doutrina defini-los. Corroboramos com a definição de Dirley da Cunha Júnior:

> Nesse contexto, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa constituição, aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição. É por essa razão que o constituinte deliberou por destinar aos preceitos fundamentais uma proteção especial, através de uma ação também especial.[124]

No trecho supra, Dirley da Cunha define muito bem o que é um preceito fundamental. Tendo como base a definição supra, todo o arcabouço fundamental do Estado Democrático de Direito é um preceito fundamental. Na segunda parte deste trabalho vimos os três pilares do Estado Democrático de Direito, quais

sejam: a Supremacia da Constituição; a tripartição das funções estatais; e a democracia. Estes sim são, junto com os direitos fundamentais, o que há de mais relevante e indispensável na Constituição Jurídica brasileira.

Os legitimados para ajuizar a ação de descumprimento de preceito fundamental são os mesmos para ADI genérica, e deve ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, único competente para julgá-la.

A Lei 9.868/1999 em seu artigo 7º, § 2º afirma que: "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.". A lei, então, admitiu no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a figura do "amicus curiae" (amigo da corte). A participação do "amicus curiae" no processo de controle de constitucionalidade é importantíssima para a democracia, uma vez que atribui maior justiça material às decisões do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, através da atuação do "amicus curiae" o STF contará com as informações daqueles que tem a ciência mais aproximada dos efeitos que uma decisão de constitucionalidade poderá trazer para a sociedade como um todo ou parte dela. Somando ao que já foi dito quanto à democracia, podemos afirmar que a manifestação de outros órgão e entidades (participação do povo), garante maior efetividade e legitimidade às sentenças e deliberações do STF em sede de Controle de Constitucionalidade.

9.2. *Controle de Constitucionalidade difuso incidental.*

O modelo de controle difuso da constitucionalidade tem origem Norte-Americana. Foi na Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, que o juiz John Marshall ao julgar o famoso caso *Marbury v.Madison* firmou o entendimento: na existência de confronto, num caso concreto, entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, deve prevalecer a norma constitucional. O legislador constituinte de 1988, então, adotou este modelo de controle difuso

incidental.

Nos moldes da atual Constituição Federal, o controle concreto ou *incidenter tantum* pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Este tipo de controle é suscitado pela via de exceção ou defesa como questão prejudicial de mérito em um processo principal. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação, mas deve ser decidida antes do julgamento da lide.

Sobre as técnicas de decisão de inconstitucionalidade aplicadas, concordamos com a visão do Paulo Roberto Lyrio Pimenta[125]. Para o mencionado autor, é possível utilizar as três técnicas de decisão próprias do controle abstrato no controle incidental. São elas: a declaração de inconstitucionalidade seguida da pronúncia de nulidade total, ou parcial, da norma jurídica; a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; e a interpretação conforme à constituição[126]. Também não encontramos nenhum óbice, desde que tenha como alcance e parâmetro o caso concreto. O porquê desta ressalva está nos efeitos da decisão em sede de controle difuso incidental.

Quanto aos supramencionados efeitos, afirma José Afonso da Silva:

> No que tange ao *caso concreto*, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.[127]

José Afonso da Silva resume, no trecho supra, tudo quanto está positivado na Constituição Federal de 1988. O efeito *erga omnes* da decisão é uma previsão constitucional somente para o controle abstrato e para a súmula vinculante. Em se tratando de controle *incidenter tantum*, nos termos do artigo

52, X da CF/88, só o Senado Federal poderá suspender a execução de uma Lei caracterizada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Alfredo Buzaid[128] também defende a eficácia *inter partes* dessas decisões, uma vez que objeto desses processos não é a lei, mas o direito subjetivo da parte e que a função do poder judiciário tão somente de subtrair a aplicação da lei, não revogá-la. O autor ainda festeja a solução dada pela Constituição brasileira, na época vigente, para evitar a reprodução de muitas demandas sobre uma lei já declarada inconstitucional. Esta solução foi a de submeter a lei federal (posição do autor) declarada inconstitucional ao crivo do senado para que este suspenda ou não sua execução. O entendimento de Buzaid é perfeito para justificar o crivo do Senado.

Embora seja importantíssima e necessária a atribuição senatorial, o Supremo Tribunal Federal já conferiu, em casos emblemáticos, eficácia *erga omnes* à decisões em sede de controle difuso "*incidenter tantum*", e isto sem submeter ao Senado Federal, indo de encontro com o entendimento majoritário da doutrina do efeito *inter partes.* Neste sentido o Supremo Tribunal Federal está modificando o ordenamento jurídico, trazendo o que vem sendo chamado de abstrativização do controle difuso incidental.

9.2.1. O que é a abstrativização do controle difuso incidental?

O controle de constitucionalidade foi adotado pela primeira vez na Constituição Brasileira de 1981. Com clara influência Norte Americana, este controle foi inaugurado seguindo o modelo difuso, na espécie incidental. E desde a sua origem no ordenamento brasileiro, o controle difuso incidental se caracterizou por surtir efeitos somente para as partes envolvidas na relação processual. E tendo em vista este efeito inter partes, temos por certo que a análise da inconstitucionalidade deve ter como norteador o caso concreto e principal da lide.

Este cenário perdurou no Brasil durante um longo período. Até mesmo

na atual Constituição, a adoção também do controle difuso abstrato, com as ações diretas, não modificou o controle difuso incidental. Todavia, em 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional n.45, tem início a derrocada do controle difuso incidental no Brasil.

Fredie Didier[129] foi o pioneiro em identificar que as mudanças operadas pela EC 45/2004 corroboravam para que a análise da constitucionalidade em sede de controle difuso incidental fosse feita em abstrato, tal como nas ações diretas. As mudanças a que Fredie Didier se refere são: a criação da súmula vinculante, e a orientação de aferir efeito vinculante às decisões em sede de ADI e ADC. Estas transformações surtiram efeitos indiretos no Recurso Extraordinário, principal instrumento processual para o controle difuso incidental de constitucionalidade perante o STF. Agora, devido "criação da eficácia vinculante dos preceitos sumulados da jurisprudência constitucional do STF"[130], o Recurso Extraordinário passa a integrar o controle abstrato de constitucionalidade, isto porque " a decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes."[131]

Para entender melhor o que Fredie Didier prenunciou, analisaremos um caso muito interessante. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, que ficou conhecido como "Mira Estrela". A lide foi promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo por meio de Ação Civil Pública e visava reduzir de onze para nove o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, com o argumento de que o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica do mencionado município não obedecia a proporção constitucional enunciada no artigo 29, IV, alínea "a", CF/88. Um típico caso de controle de constitucionalidade difuso incidental. Os Ministros do STF, por unanimidade, declararam incidentalmente a inconstitucionalidade do o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica de Mira Estrela, sob o fundamento de que a disposição de 11 vereadores numa cidade de 2.600 habitantes feria os princípios da

proporcionalidade, razoabilidade e isonomia já que existem municípios bem mais populosos com igual número de vereadores.

Dentro da sistemática do controle difuso incidental a decisão supramencionada geraria efeitos tão somente para o município de Mira Estrela, obrigado a reduzir o número de vereadores de onze para nove. Todavia, o Tribunal Superior Eleitoral resolveu dotar de eficácia erga omnes esta decisão, quando editou a Resolução 21.702/2004[132] com lastro no posicionamento do STF. Esta resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade – 3.345 e 3.365, ambas de relatoria do Ministro Celso de Mello – justamente por dotar de eficácia geral uma decisão incidental de inconstitucionalidade, sem passar pelo crivo do Senado Federal, em outras palavras, por basear-se a resolução do TSE em um caso específico e não em norma legal. As duas ações diretas foram julgadas, por maioria, improcedentes. Os fundamentos para tal decisão foram: a força normativa da Constituição e o monopólio da última palavra pelo STF em matéria de interpretação constitucional. Data vênia, tais argumentos não tem o condão de usurpar a competência senatorial, pelo contrário nega a força normativa do artigo 52, X, da CF/88.

A este fenômeno, ou tendência, de dotar de eficácia erga omnes uma decisão proferida pelo STF em sede controle difuso incidental, Fredie Didier chamou de “abstrativização”. Sim, a inteligência do termo é perfeita para ilustrar que a análise da constitucionalidade incidental não poderá mais ser feita a luz das características do caso concreto, mas em abstrato, tendo em vista que o efeito desta decisão irá repercutir de forma geral, para todos.

Cabe ressaltar o fato de não existir qualquer legislação expressa que autorize ou discipline a abstrativização do controle difuso incidental. Ao contrário, a Constituição de 1988 é taxativa quando condiciona o efeito erga omnes ao crivo do Senado Federal, mediante a suspensão da lei ou ato normativo declarado incidentalmente inconstitucional (artigo 52, X, CF/88).

No atual contexto de tendência à abstrativização do controle difuso incidental, temos a Reclamação Constitucional nº 4335/ACRE. A decisão desta reclamação constitucional é a confirmação de uma clara disposição do STF rumo à abstrativização. Isto porque, é nela que o ministro Gilmar Mendes propõe a mutação constitucional do artigo 52, X da CF/88, na verdade, é uma menção, pela primeira vez, expressa, como fundamentação de um julgado, da eficácia erga omnes da decisão do STF em sede de controle difuso incidental. Para ratificar tal afirmação, Dirley da Cunha Júnior informa:

> Atualmente, há no Supremo Tribunal Federal um movimento, liderado pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no sentido de se atribuir eficácia "erga omnes" às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto, sem a interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial a servir apenas para conferir publicidade à decisão da Corte. Propõe o Ministro Gilmar Mendes uma mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, para limitar o ato político da Alta Câmara do Congresso Nacional à concessão de mera publicidade da decisão de inconstitucionalidade, que já se revestiria, desde a sua publicação, de eficácia geral e vinculante[133].

Bem, todo o tema deste trabalho gira em torno do quadro acima descrito. Na próxima parte, iremos enfrentar o problema da abstrativização do controle difuso incidental propriamente dito. Com toda base teórica esboçada até este momento, será possível ao leitor entender o ponto de vista que se pretende apresentar.

– Parte IV –

Abstrativização do Controle Difuso Incidental

Capítulo X

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4.335/ACRE

10. UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO QUE PODE SEPULTAR O CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL NO BRASIL.

10.1. *Entendendo o caso.*

Na parte antecedente, foi exposta a configuração do controle de constitucionalidade difuso incidental. Analisamos a origem – o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803 na Suprema Corte dos Estados Unidos -, bem como seu arcabouço legal. O controle difuso incidental está previsto na Constituição Federal de 1988 no artigo 102, inciso III[134]. Ela garante que qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei tendo em vista um caso concreto, bem como que qualquer cidadão possa requerer este exame de constitucionalidade por via incidental. A atual Constituição brasileira também prevê, no artigo 52, X[135], a atribuição do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Esta atribuição constitucional, sem dúvida, deve ser exercida segundo uma decisão política.

Este é o cenário hodierno do controle difuso incidental no Brasil, ocorre que o julgamento da Reclamação Constitucional 4335/ACRE[136] pode sepultar este tipo de controle de constitucionalidade. Analisaremos, primeiramente, o caso da aludida reclamação, e nos capítulos seguintes será revelado o porquê da previsão da falência do controle difuso incidental no Brasil e sua consequência.

A Defensoria Pública da União no ano de 2006 ajuizou uma

Reclamação Constitucional, distribuída sob o número 4335/ACRE. E a relatoria coube, por sorteio, ao Ministro Gilmar Mendes.

A referida reclamação foi ajuizada em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco (ACRE), que negou a progressão de regime para dez condenados por crime hediondo. Vale lembrar que todos os condenados por crime hediondo devem, por força do §1º do artigo 2º[137] da lei 8.072/1990, cumprir pena de reclusão em regime integralmente fechado, ou seja, sem progressão.

O defensor público se socorreu do julgamento do HC nº 82.959 para fundamentar seu pedido de progressão de regime. Isto porque, foi no julgamento do aludido habeas corpus que o STF reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da lei 8.072/1990. Cabe destacar que a declaração de inconstitucionalidade foi incidental, ou seja, diante de um caso concreto, e não de forma abstrata (mediante ação direta). Assim, o STF reconheceu no HC nº 82.959 que a negativa de progressão no caso relato, e somente neste, se mostrava inconstitucional. O que pretende a Defensoria Pública da União é reclamar a mesma inconstitucionalidade apontada pelo STF no referido Habeas Corpus.

Tendo em vista a solicitação de informação pelo Relator, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco (ACRE) se manifestou contra o conhecimento da Rcl 4335/ACRE. Para o magistrado, a aludida reclamação não preenche os requisitos insculpidos no artigo 13[138], da Lei n 8.038/90. A Reclamação Constitucional é uma ação que visa, sobretudo, garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Todavia, defende o Juiz, no caso em comento, que não há qualquer fundamento neste sentido para a Reclamação. Isto porque, a decisão reclamada (HC 82.959) se deu no controle difuso incidental e esta só surte efeitos entre as partes.

A manifestação do Juiz é acertada. Como pode alguém que não foi parte

no processo do HC 82.959, reclamar o efeito desta decisão para si? Outrossim, aduz o magistrado, para surtir efeito para todos a decisão do STF terá que ser comunicada ao senado para que este providencie a suspensão da eficácia do §1º do artigo 2º da Lei de Crime Hediondos, declarado incidentalmente inconstitucional.

Inclusive, lembra bem o Juiz da Vara de Execuções do Rio Branco (ACRE) quando faz menção ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Este regimento prevê no artigo 178 que declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, far-se-á a comunicação, depois do trânsito em julgado, ao Senado para os efeitos do artigo 52, X, da Constituição Federal. Portanto, ainda está em vigor o §1º do artigo 2º da Lei de Crime Hediondos – que veda a progressão de regime – até que o Senado seja comunicado e decida pela suspensão da execução deste parágrafo.

Após fazer menção à manifestação do Juiz, o relator ministro Gilmar Mendes faz referência ao parecer do Ministério Público Federal. Assim como o magistrado da vara de execuções, o MPF opinou pelo não conhecimento do pedido tendo em vista que inexiste decisão proferida pelo STF cuja autoridade deva ser preservada.

O Ministro Gilmar Mendes continua e passa a fundamentar sua decisão liminar. O fundamento que garantiu a inconstitucionalidade incidental do referido parágrafo da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) no Hc nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, está no direito à individualização da pena (artigo 5º, LXVI). Para o Ministro Gilmar Mendes, este fundamento, imperioso, garantiu larga repercussão para o habeas corpus que passou a servir de modelo para inúmeras decisões. Por isso e por entender que a situação em análise envolve direito de ir e vir, o eminente ministro relator concedeu liminar para afastar a vedação legal de progressão de regime até o julgamento final da reclamação.

10.2. *O “X” da questão.*

Pelo que foi exposto até aqui, já deu para perceber que o “X” da questão é saber a decisão do STF quanto aos efeitos da decisão em sede de controle difuso incidental. Será que pode o defensor público reclamar a autoridade da decisão do HC 82.959/SP?

Até então, na nossa análise da Rcl 4335/ACRE, vimos que o relator Min. Gilmar Mendes concedeu liminar autorizando a progressão de regime para os dez detentos, cabendo ao juízo reclamado a avaliação do atendimento ou não dos requisitos legais para a progressão.

O resultado final do julgamento da referida reclamação revela o início de uma desvalorização da atuação do Senado, tendo em vista a valorização da força expansiva das decisões do STF. Analisaremos, sumariamente, os votos dos Ministros: Gilmar Mendes; Eros Grau; Sepúlveda Pertence; Joaquim Barbosa; Ricardo Lewandowski; e Teori Zavascki.

O relator Min. Gilmar Mendes votou pela procedência da reclamação. Para sustentar sua decisão, o ministro teve de discorrer sobre o papel do Senado Federal no controle difuso incidental. Sustenta que a atribuição constitucional, dada ao Senado Federal, de suspender a execução do ato declarado inconstitucional pelo STF – decisão definitiva proferida em caso concreto- para dotar de eficácia geral (erga omnes), foi infirmada pela ampliação do controle difuso abstrato.

Importa fazer referência à posição de Buzaid[139] sobre a atribuição senatorial. Para o autor, o legislador constituinte brasileiro ao atribuir ao Senado Federal a suspensão ou não a lei declarada incidentalmente inconstitucional, procurou racionalizar a distribuição de poderes: enquanto a declaração incidental da inconstitucionalidade cabe ao Judiciário, a suspensão da lei incumbe ao órgão que tem a função típica de elaborá-la.

Gilmar Mendes reduz a atuação do Senado Federal ao mero efeito de

publicidade. O que ele propõe, na verdade, é a mutação constitucional do disposto no artigo 52, X, assim, quando o STF, em sede de controle difuso incidental, declarar definitivamente uma lei inconstitucional essa decisão já terá eficácia geral, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal, tão somente, para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Para ele, a proposta desta mudança informal da constituição não fere a separação dos "poderes", uma vez que a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, o advento da lei 9.882/99 e a amplitude do rol de legitimados para propor ação direta em sede de controle difuso abstrato, tornaram comuns as decisões do STF com eficácia geral, antes considerada excepcional.

Seguindo o raciocínio supramencionado, o relator fundamenta o cabimento da reclamação para preservar a autoridade da decisão proferida em sede do habeas corpus que dotou de inconstitucionalidade a negativa de progressão de regime para crimes hediondos e análogos. Se a grande questão era a eficácia, ele resolveu ao atribuir a todas as decisões, em sede de controle difuso incidental, o efeito geral, independentemente a suspensão do Senado Federal.

O ministro Eros Grau, em voto-vista, acompanhou o voto do relator. Julgou, deste modo, procedente a Reclamação 4335/ACRE e defendeu a mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal brasileira de 1988.

Sepúlveda Pertence julgou improcedente a Rcl 4335/ACRE. Diferente do relator, o ministro se posicionou contra a redução do papel do Senado Federal. Para ele este papel é importante, tendo em vista que é mantido desde a Constituição de 1934. No entanto, Sepúlveda Pertence reconhece que a atual prevalência do controle difuso abstrato, tem tornado a atividade do Senado (artigo 52, X, CF/88) cada vez mais obsoleta. Não obstante, mesmo obsoleta, esta atribuição constitucional não teria a necessidade de ser alvo de mutação constitucional. Isto porque, na opinião do eminente ministro, a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar as súmulas vinculantes, dotou o STF de um

poder significativo, sem precisar reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões.

Apesar do posicionamento supra. O ministro Sepúlveda Pertence concedeu habeas corpus de ofício para que o juiz da vara de execuções do Rio Branco (ACRE) examine os demais requisitos para o deferimento da progressão de regime dos dez condenados, autores da reclamação. Este posicionamento foi acompanhado pelo ministro presidente Joaquim Barbosa que, em adição, enfatizou que a proposta de mutação estava impedida por dois fatores, quais sejam: a literalidade do artigo 52,X, da CF/88; e as regras de auto restrição que são, na opinião do ministro, o decurso de um espaço de tempo maior para a verificação da mutação e o desuso do dispositivo alvo da mutação.

O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou, em voto-vista, a posição do Ministro Joaquim Barbosa, não conheceu da reclamação e concedeu de ofício o habeas corpus. Sustentou, ainda, que a supressão de competência de um Poder do Estado por meio de mutação constitucional coloca em risco a própria lógica do sistema. Para ele o sistema de freios e contrapesos não legitima a alteração de competência (aqui no sentido de atribuição) expressamente atribuída a determinado “Poder”.

Como bem defendeu o ministro Lewandowski, a regra inscrita no artigo 52, X, CF/88 é norma jurídica constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Desta forma, ainda que as questões decididas em sede de controle difuso incidental pelo STF tenham relevância demasiada, este fato não tem força para mudar a mencionada norma jurídica constitucional. Insiste que o fato da Emenda Constitucional nº45/2004 ter atribuído maior alcance às decisões do STF com as súmulas vinculantes, isto não vulnerou a atribuição constitucional dada ao Senado Federal.

O último voto-vista foi do ministro Teori Zavascki. Em seu voto, o Ministro fez uma digressão histórica para defender que o ordenamento jurídico

brasileiro segue rumo a uma aproximação da cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. E inclusive, defende, assim como o ministro relator, que a força expansiva das decisões do STF, em sede de controle difuso, não depende da intervenção do Senado.

Apesar de ficar clara a posição do Ministro quanto à atuação do Senado, ele julga a reclamação procedente com base na edição superveniente da Súmula Vinculante n. 26[140].

Portanto, diante do quadro apresentado, podemos afirmar que existe uma empatia por parte do STF à desvalorização do artigo 52, X, da CF/88. O que fica claro é a importância desta definição. Não se trata tão somente do conhecimento de uma reclamação constitucional frente a uma decisão de habeas corpus, trata-se sim do sepultamento ou não do controle difuso incidental no Brasil. Ao menos, é o que se revela nas entrelinhas.

Capítulo XI

ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

11. LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

11.1. *Reforma Constitucional*

É extremamente relevante para a Teoria Constitucional o estudo da gênese de uma Constituição, esta importância se justifica pela supremacia deste documento no Estado de Direito, bem como por ser ele o fundamento de validade de todas as normas numa mesma ordem jurídica. O surgimento de uma Constituição se dá pelo Poder Constituinte. Este "poder" se caracteriza por ser originário, por ser potência. Conforme assevera Edvaldo Brito[141], "Rigorosamente, por ser potência o poder constituinte é o denominado fundacional ou o originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma outra ordem completamente nova ao acionar a sua eficácia atual. [...]".

Assim como é certo que existe um Poder Constituinte com atribuição originária de inaugurar uma nova Constituição, também é certo que existem competências a fim de manter e adequar esta ordem constitucional sempre que o elemento sociológico[142] o exigir. Os termos "poder constituinte" e "poder constituído" foram colocados pelo Emmanuel Sieyès, quando afirmou: "[...] Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. [...]"[143]. Já o autor Edvaldo Brito, sem perder a essência semântica dos termos chama-os de potência (poder constituinte) e competência

(poder constituído). Usaremos a nomenclatura proposta pelo doutrinador Edvaldo Brito, em razão de entender que ela se adéqua melhor a inteligência semântica dos termos, afinal nenhum poder pode ser constituído, ou seja, sofrer limitações. Enfim, a reforma constitucional nada mais é do que competência.

Muitos autores, clássicos da doutrina constitucional, dividem o poder constituinte em: poder constituinte originário e poder constituinte derivado. O primeiro é incondicionado, ilimitado e inicial já que inaugura uma nova ordem constitucional, já o segundo é limitado, condicionado e secundário e seu objetivo é reformar a constituição (emenda ou revisão) e/ou, em Estados que adotam a forma federativa, "[...] institucionalizar coletividades, com caráter de organização políticas regionais [...]"[144]. Esta nomenclatura está de fato equivocada. Quem chama atenção para isto é o autor Edvaldo Brito[145], para ele o poder constituinte só pode ser concebido como um poder originário ou fundacional, quando há emenda ou revisão do texto constitucional não há exercício do poder constituinte, mas de competência cuja atribuição deriva de uma autoridade.

Pode-se concluir, então, que reforma constitucional é uma competência para alterar ou aperfeiçoar o texto constitucional e adequá-lo ao contexto político, social e econômico, a fim de manter a longevidade da ordem constitucional instituída pela potência.

A reforma constitucional é uma competência, e como tal sofre limitações impostas pela Constituição. A Constituição que serve de parâmetro para este trabalho é a Carta Constitucional Brasileira de 1988. Então, quais os limites que a Constituição Federal do Brasil impõe à reforma constitucional?

No Brasil, a Constituição de 1988 implantou como meios de reforma constitucional as emendas e a revisão. Estes são instrumentos formais de alteração da Constituição, porque estão previstos expressamente na Constituição. Todavia, ao lado desses processos formais, existem modificações constitucionais

resultantes de processos não previstos pela própria Constituição. A estes a doutrina vem chamando de mutação constitucional[146].

Por hora, cabe esclarecer a diferença que há entre estas três formas de alteração da Constituição. A diferença entre reforma constitucional (emendas e revisão) e mutação constitucional está na alteração do texto constitucional. Na primeira, além da mudança semântica, há uma mudança gramatical, textual. Já na mutação constitucional o texto continua intacto, mas a interpretação (a semântica) será modificada.

Quanto à diferença entre emendas e revisão, Edvaldo Brito[147] esclarece que "Esta distinção, a técnica constitucional faz, tanto pela importância dos dispositivos visados pela reforma (emenda os menos importantes, revisão os mais), como, pela extensão (emenda abrange um campo menor. Localizado; revisão, um maior).". Esta distinção se adéqua totalmente a inteligência do texto Constitucional.

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
>
> II - do Presidente da República;
>
> III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
>
> § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
>
> § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
>
> § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
>
> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> I - a forma federativa de Estado;
>
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
>
> III - a separação dos Poderes;

> IV - os direitos e garantias individuais.
>
> § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.
>
> [...]
>
> Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.[148]

Percebe-se nitidamente pelo texto supracitado que a extensão das emendas é bem menor que a da revisão. Todavia, as duas formas de reforma constitucional sofrem limitações. Estas limitações podem ser temporais, circunstanciais ou materiais[149].

As limitações temporais são aquelas que advêm em razão do tempo. Ou seja, quando o poder constituinte originário veda a reforma por certo período. No caso da revisão, por exemplo, a Constituição vedou-a durante os seus primeiros cinco anos de vigência. No caso da emenda, a constituição proíbe que matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada possa ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Os limites circunstanciais se caracterizam por ser vedações à reforma constitucional enquanto perdurarem conjunturas incomuns que fragilizam a segurança do Estado (instituição). No texto da atual Constituição Jurídica Brasileira há proibição de emendas na vigência das seguintes circunstâncias: intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Os limites materiais que podem ser explícitos (expressos) ou implícitos (inerentes), são aqueles que proíbem a reforma constitucional de matérias ou conteúdos considerados imutáveis. Este conteúdo pode estar expresso a exemplo do já citado artigo 60, § 4º da Constituição Federal, ou pode estar implícito tendo em vista os princípios adotados pela mesma.

Importa ressaltar, por fim, que estes conteúdos são imutáveis no sentido

de serem irredutíveis. Ou seja, nada obsta que uma reforma constitucional venha ampliar, por exemplo, as cláusulas pétreas (artigo 60;§ 4º, da Constituição). Dirley da Cunha explica bem esta questão:

> Nesse sentido, cumpre esclarecer que as limitações materiais não vedam a alteração ou a reforma das matérias que visam proteger, mas sim a supressão total ou parcial delas, assegurando seu conteúdo mínimo. Tais limitações consagram na Constituição um *núcleo material irredutível*, que consiste num núcleo de matérias cujo conteúdo mínimo é irreformável. Isto é, a matéria não está imune a reformas; mas está protegida em seu conteúdo mínimo, que não pode ser reduzido pela emenda. Ora, é induvidoso que uma emenda constitucional pode reformar o catálogo dos direitos e garantias fundamentais para *acrescentar* ao texto constitucional *novos* direitos [...][150]

O conteúdo supracitado parece muito lógico, mas por muito tempo as cláusulas pétreas representaram limites materiais inalteráveis até para acrescentar novos direitos.

Por fim, de tudo que foi posto e justificado, o que precisa ser destacado para este trabalho é a ideia de que a reforma constitucional é uma competência e como tal sofre limitações, deste modo, não pode ser feita de qualquer jeito, existem exigências e parâmetros a serem seguidos.

11.2. *Mutação Constitucional*

Mutação constitucional é um processo informal de mudança da Constituição, cujo objetivo é manter o equilíbrio entre os elementos sociológico e normativo da mesma, sem alteração do texto escrito. É claro que este conceito proposto não tem o objetivo de ser absoluto. Anna da Cunha Ferraz, por exemplo, define mutação constitucional da seguinte forma:

> Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre *reforma constitucional* e *mutação constitucional;* a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimo, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para a sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expressos, mas do

> significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alteração essas que, em geral, se processam, lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.[151]

Tendo em vista o conceito supra, cabe destacar que no Brasil a mutação constitucional é exercida pelo Poder Judiciário através da jurisdição constitucional.

A título de exemplo, um importante julgado em que o STF exerceu a mutação constitucional foi o Habeas Corpus 91.361/SP, relator ministro Celso de Mello. Este Habeas Corpus trazia para o judiciário um grande conflito que existia entre o dispositivo constitucional que estabelece a prisão civil de depositário infiel[152] e um tratado internacional sobre direito humano, aquiescido pelo Brasil, que veda tal prisão[153]. A questão foi resolvida por mutação constitucional. O STF entendeu que a dita prisão civil não atendia as novas perspectivas em termos de direitos humanos, sendo necessário atribuir ao dispositivo constitucional nova interpretação. Vejam-se trechos do voto do ministro relator:

> **Em uma palavra**, Senhores Ministros: interpretação judicial **há de ser vista** como instrumento juridicamente idôneo **de mutação informal** da Constituição, **revelando-se** plenamente legítima **a adequação** da própria Constituição da República, **se e quando** imperioso compatibilizá-la, **mediante** exegese atualizadora, **com as novas** exigências, necessidades **e** transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos **e** políticos **que caracterizam**, em seus múltiplos **e** complexos aspectos, a sociedade contemporânea.
>
> [...]
>
> **Sendo assim,** e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de 'habeas corpus', **para invalidar** a ordem judicial de prisão civil **decretada** contra o ora paciente, **nos autos da Ação Ordinária** nº583.00.2005.018735-3 (33ª Vara Cível do Foro Central da comarca de São Paulo/SP), **por não mais cabível**, em nosso ordenamento doméstico, **a prisão civil** do depositário infiel, **qualquer** que seja a modalidade de depósito (depósito voluntário **ou** depósito necessário).

A partir deste julgado, houve a mutação do artigo 5º, LXVII. Assim, ainda que o texto do referido inciso continue intacto, a sua interpretação mudou substancialmente. É deste modo que funciona o procedimento da mutação constitucional no Brasil, expressão da jurisdição constitucional.

Outra característica importante que advém da condição de estar ligada à jurisdição constitucional, é o fato de só poder ser realizada por provocação. Por óbvio, se, no Brasil, a mutação constitucional é efetivado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário e este só pode agir desde que provocada a atividade jurisdicional, a mutação depende indiretamente da existência de ação.

Por fim, há de se destacar uma característica que emerge do próprio conceito e natureza da mutação constitucional, qual seja: a informalidade. A mutação prescinde de previsão constitucional, ela não precisa estar formalizada. É desta característica que surge um grande problema: se ela não está positivada, quais os seus limites, já que é uma competência?

11.2.1. Limites materiais à mutação constitucional.

Como bem se sabe a mutação constitucional não tem previsão normativa na Constituição Brasileira, e nem o poderia por seu caráter informal. Todavia isto não significa que a mutação não deva ter limites. Muito pelo contrário, enquanto poder constituído que é não poderá de modo algum afrontar a ordem constitucional estabelecida pelo poder originário.

Defendemos neste trabalho que todos os limites que são impostos à reforma constitucional, devem também ser aplicados e observados pela mutação constitucional. Em especial, para nosso tema, destacamos os limites materiais. Ora, se a Constituição se preocupou em definir alguns pontos como intocáveis, estes não podem ser modificados por nenhuma situação jurídica. Assim estes limites devem servir também à mutação constitucional. Mas o que acontece se uma mutação extrapolar este limite? Anna da Cunha

Ferraz elucida que:

> Não se pode desconhecer, na prática, que os processos informais de mutação constitucional, podem, facilmente, desdobrando os limites que lhes são impostos, resvalar para mudanças verdadeiramente inconstitucionais que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade.
>
> Por outro lado, a experiência constitucional revela outras modalidades de processos informais, que conduzem também a mudanças não admitidas pela Constituição. A inconstitucionalidade desses processos, nesses casos, decorre principalmente da ideia de que a constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha a sua efetiva aplicação é incompatível com ela.
>
> Esses dois grupos de processos informais são reunidos sob a denominação comum de mutações inconstitucionais.[154]

De fato, tem razão o trecho supracitado quando afirma que na prática da mutação alguns limites são fáceis de extrapolar, bem como que estes limites decorrem da ideia de que a Constituição deve ser efetivada e qualquer óbice a esta eficácia jurídica é inconstitucional. A mutação constitucional que viola os limites expostos no artigo 60, § 4º da Constituição Federal, é chamada de mutação inconstitucional.

Já se sabe que no Brasil a mutação constitucional é fruto da interpretação do texto da Constituição. Assim, caso o STF, no exercício da jurisdição constitucional, mude a interpretação de uma norma constitucional e dificulte a efetividade de algum dos limites materiais, esta mutação será flagrantemente inconstitucional.

Em suma, o tratamento de uma mutação constitucional deve ser igual ao de uma reforma inconstitucional. Quando uma emenda à Constituição atinge qualquer dos limites constitucionais impostos a ela, esta deve ser anulada através do controle de constitucionalidade. Só para relembrar, controle de constitucionalidade, em termos gerais, é a defesa da Supremacia Constitucional contra atos, normas ou omissões que contrariem o Texto Constitucional.

11.3. *Mutação do artigo 52, x da Constituição Brasileira de 1988?*

Da análise da Rcl 4335/ACRE, percebemos que o "X" da questão é a mutação constitucional ou não do artigo 52, X, da CF/88. De tudo quanto foi referido neste trabalho até o momento, e mais precisamente neste capítulo, fica clara a impossibilidade de mudança na exegese constitucional do mencionado inciso da Constituição.

Uma das cláusulas pétreas é, sem dúvida, a separação dos poderes. Sendo cláusula pétrea é também um limite material expresso à alteração constitucional. A conclusão não pode ser outra: é vedada qualquer modificação textual (reforma constitucional) ou interpretativa (mutação constitucional) que implique na supressão ou alteração de qualquer competência constitucional expressamente atribuída a determinado "poder".

O que ambiciona o eminente relator ministro Gilmar Mendes, nada mais é do que a alteração da competência constitucional dada ao Senado Federal – de suspender a execução, no todo ou em parte, de ato declarado incidentalmente inconstitucional pelo STF - a fim de reduzir esta atribuição à mera publicação no Diário Oficial do Congresso. A nosso ver, esta alteração reduz de tal modo a atribuição do órgão legislativo que, em verdade, trata-se de uma supressão. Isto porque a vontade do legislador constituinte originário era que a modificação da eficácia de inter partes para erga omnes, em sede de controle difuso incidental, dependesse de uma deliberação política do Senado Federal.

Aceitar a mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88 é algo ainda mais grave do que parece, pois infirmará o modelo de Estado adotado pelo Brasil. Já afirmamos neste trabalho que um dos importantes alicerces deste modelo de Estado é justamente a tripartição das funções estatais. Deste modo, ao violar a cláusula pétrea da separação dos poderes, o STF certamente abalará o

Estado Democrático de Direito.

Portanto, a mutação que pretende o ministro relator Gilmar Mendes é uma típica mutação inconstitucional. Ela extrapola o limite material expresso da separação de poderes e, por consequência, abala a estrutura do modelo de estado que o Brasil adota, qual seja: Estado Democrático de Direito.

Capítulo XII

NÃO APLICAÇÃO DA LEI E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI

12. A DESTRUIÇÃO DO “EIDOS” DO CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL.

12.1. *Identificação do núcleo imutável do controle difuso incidental*

Quando examinamos o controle de constitucionalidade no Brasil, discorremos sobre uma classificação importantíssima. Aquela que diferencia o controle concentrado do difuso. Em termos gerais, o controle concentrado é aquele exercido por um único órgão, a exemplo do Tribunal Constitucional Alemão. Nesta modalidade de controle, todo assunto relativo à apreciação da constitucionalidade da lei deve de pronto ser remetido ao órgão competente para a declaração de inconstitucionalidade. Difere neste aspecto do controle difuso. No difuso, ao contrário, mais de um órgão é responsável pelo exame da constitucionalidade de uma lei. O Brasil é um exemplo de controle difuso de constitucionalidade, uma vez que nossa constituição permite a análise e declaração de constitucionalidade por qualquer juiz ou tribunal.

Temos assim por certo, que o primeiro aspecto imutável que caracteriza o controle de constitucionalidade difuso incidental, é o fato de ser realizado por mais de um órgão, no nosso caso por qualquer juiz ou tribunal. Todavia o núcleo imutável não para só neste aspecto, afinal temos também o controle difuso abstrato. Este último, por ser difuso, também deve ser realizado por qualquer juiz ou tribunal apesar de ser totalmente diferente do controle difuso incidental.

Passemos então ao segundo aspecto. O que diferencia o controle difuso

incidental do abstrato? A resposta a esta indagação certamente nos mostrará o "eidos" da forma incidental do controle difuso. Para responder à indagação proposta, é necessário estabelecer a diferença entre exame de constitucionalidade em tese do exame de constitucionalidade em hipótese.

O exame da constitucionalidade de uma lei ou ato em tese é quando o objeto principal da ação é a própria (in)constitucionalidade da lei. Ou seja, quando o julgador analisa se há algum vício que fira a validade daquela norma jurídica. Obviamente os efeitos desta decisão que declara a inconstitucionalidade são *ex tunc* e *erga omnes*. Retroagem os efeitos desta decisão, pois, como vimos, o vício de validade faz com que a norma seja nula (natimorto). E gera efeitos gerais, porque a norma nula é nula para todos, não chega a pertencer ao ordenamento jurídico.

Já em hipótese, é o exame da constitucionalidade de uma lei ou ato tendo em vista um caso concreto. Aqui, não se quer a declaração de invalidade duma lei, quer-se a não aplicação da lei em um dado litígio. Em outras palavras, o objetivo não é a declaração de inconstitucionalidade, mas a não aplicação da lei que se mostra inconstitucional diante do caso concreto, diante da situação real - objeto principal da ação. Por isso, os efeitos desta decisão não pode extrapolar às partes do processo, deve ter eficácia inter partes. Se a inconstitucionalidade tem como referência o caso real, entre autor e réu, obviamente a sociedade não pode ser penalizada.

A análise da constitucionalidade em tese se dá por via de ação, enquanto a o exame em hipótese se dá de forma incidental. "No primeiro caso, o juiz, conhecendo da alegação da parte e julgando-a procedente, cassa ou anula o ato, suprimindo-lhe todos os efeitos; na segunda hipótese, o juiz não anula ou invalida o ato, limitando-se apenas, a recusar-lhe aplicação a uma espécie litigiosa concreta."[155]

Cabe ressaltar que é um erro pensar que o controle em hipótese só

existe em via de defesa ou exceção. Ao contrário, concordamos com Lúcio Bittencourt ao afirmar que a fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada pelo autor na inicial de qualquer ação, pelo réu nos atos de resposta (contestação, reconvenção e exceção) ou, ainda, nas ações incidentais de contra ataque - que são os embargos. O único óbice é a proibição de visar diretamente a declaração de inconstitucionalidade. Deve ser sempre em hipótese, ou seja, deve existe um litígio, um caso concreto para que se possa requerer o exame da constitucionalidade da lei. Por isso, no parágrafo supra e no título deste trabalho, preferimos usar o termo "incidental" do que "via de exceção".

Tendo em vista a caracterização dos termos *em tese* e *em hipótese*. Podemos afirmar: o que diferencia o controle difuso incidental do controle difuso abstrato é o fato de ser o primeiro um controle em hipótese e o segundo um controle em tese. Em outros dizeres, o controle difuso incidental depende de um caso concreto para o exame da constitucionalidade de uma lei, enquanto que o abstrato objetiva o próprio exame da constitucionalidade da lei independente de uma situação real.

Com isso, pode-se chegar ao segundo aspecto imutável, qual seja: o exame da constitucionalidade a partir de um caso concreto (objeto principal da lide). Óbvio que este segundo aspecto se desdobra em dois fatores consequentes: a eficácia da decisão deve ser inter partes e objetivo da decisão é a não aplicação da lei.

Da associação dos dois aspectos imutáveis, chega-se a conclusão de que o "eidos" do controle difuso incidental é o exame da constitucionalidade de uma norma jurídica tendo como referencial o caso concreto (objeto principal da lide), cuja decisão de não aplicação gera efeitos somente para as partes envolvidas no litígio, sendo competente para tal exame mais de um órgão. Portanto, qualquer alteração deste núcleo imutável irá descaracterizar o controle difuso incidental.

12.2. *Atuação do julgador frente à inconstitucionalidade incidental*

O controle de constitucionalidade difuso incidental requer uma postura específica do julgador. Tendo em vista que o objeto principal do processo não é a lei em si, mas o direito subjetivo da parte, a decisão do julgador não poderá transpor os limites da demanda. Deste modo, a postura do julgador deve ser não de julgar a lei, mas de não aplicá-la quando maculada de inconstitucionalidade, esta perquirida sob a perspectiva do caso concreto.

E qual importância de identificar a atuação do judiciário frente à inconstitucionalidade incidental? Ora, se a função do julgador é de aplicar ou não a norma jurídica ao caso concreto, temos por certo que a decisão em sede de controle difuso incidental não tem o condão de declarar a nulidade da lei, nem tampouco de revogar a lei. Em outras palavras, o fato do julgador reconhecer uma inconstitucionalidade incidental e, por consequência, não aplicar a lei no caso apresentado na demanda, não representa a "morte" daquela lei.

Não poderia ser diferente, vimos que a "morte" da norma jurídica só ocorre em três situações, quais sejam: nulidade; anulabilidade e revogação. Assim, a não aplicação não configura um destas situações. Então, o que fazer quando inúmeras situações análogas demandarem a mesma não aplicação da lei, ou melhor, "[...] como evitar a reprodução de tantas demandas quantos sejam os interessados agravados pelo ato inconstitucional?"[156]

A solução desta questão está justamente no artigo 52, X, da atual Constituição Brasileira. A atribuição dada ao Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de norma jurídica declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, foi incorporada pela primeira vez na Constituição de 1934, e desde então tem sido repetida nas Constituições posteriores – com exceção da Constituição de 1937.

O Poder Legislativo tem como função típica a elaboração de leis. Sabendo que a revogação só pode ser feita pela autoridade que tem competência

para editar normas jurídicas, o Senado Federal é um órgão ideal. Se o legislativo pode revogar norma jurídica, pode também suspender a sua execução, afinal, como afirma o brocardo jurídico, “quem pode o mais, pode o menos”. Destarte, entregar ao órgão do legislativo a atribuição de suspender a execução da norma jurídica para dotar de eficácia geral a decisão definitiva em sede de controle difuso incidental, foi a solução perfeita.

Outro forte motivo para festejar a solução adotada pela Constituição Brasileira é o fato da suspensão da execução da norma jurídica ser uma decisão política. Uma decisão política é aquela dirigida pela conveniência e oportunidade, uma decisão discricionária. Claro que esta decisão deve levar em conta a todos os aspectos e princípios que norteiam a atividade pública, tais como: indisponibilidade do interesse público; e a supremacia do interesse público. O certo é que, convém ao judiciário decisões jurídicas e ao legislativo e executivo decisões políticas.

Ainda sobre a atribuição desenhada pelo artigo 52, X, CF/88, cabe ressaltar que não é uma competência vinculada, mas discricionária. O Senado, a nosso ver, tem a faculdade de suspender a lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso incidental. Inclusive, pode suspender só parte desta lei, mesmo que a declaração incidental tenha abarcado a integralidade dela. Esta conclusão é extraída do próprio texto constitucional, o inciso é claro “suspender a execução, **no todo ou em parte**, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (grifos no texto). Ademais, se fosse vinculada, esta atribuição seria reduzida, de fato, a mera publicidade, como se o Senado fosse apenas um diário oficial de decisões incidentais do STF.

Grande parte da doutrina constitucional não coaduna com a posição acima esboçada. Destacamos aqui a posição de Dirley da Cunha, vejamos:

> De modo que, entender como discricionária ou facultativa essa atribuição, é desconsiderar tais razões, com o reconhecimento de que o Senado pode, ao seu

> mero talante, decidir se confere efeitos gerais a uma decisão *inter partes* do Supremo Tribunal, evitando todos aqueles inconvenientes, ou se não os confere, deixando abertas as vias geradoras da incerteza do direito. Ademais aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade.[157]

Ousamos discordar do eminente autor. É próprio das decisões políticas a discricionariedade. Também é certo que a conveniência e a oportunidade destas decisões devem ser norteadas, repito, por princípios constitucionais, tais como, os já citados, indisponibilidade e supremacia do interesse público. Desta forma, não é o mero talante do Senado Federal que vai fundamentar sua decisão de suspender ou não a lei declarada incidentalmente inconstitucional, mas a utilidade pública e o interesse comum.

A conclusão é que a competência senatorial surge na Constituição de 1934 para dotar de eficácia geral a decisão em sede de controle difuso incidental. Isto porque, a postura do julgador frente a um questionamento incidental sobre a constitucionalidade de uma norma jurídica deve ser de aplicá-la ou não, sob a perspectiva do caso real e principal que se apresenta na demanda. Agindo deste modo, os efeitos da decisão deste julgador não poderá extrapolar às partes.Tendo em vista que esta postura é totalmente diferente da requerida pelo controle difuso abstrato, onde há uma análise acerta da validade constitucional de uma norma jurídica em si. Enfim, o que se quer não é a constatação da nulidade da norma, mas, repito, a sua não aplicação.

12.3. *Abstrativização, um ataque à essência do controle difuso incidental.*

O julgamento da Rcl 4335/ACRE pode sepultar o controle difuso incidental, caso a tese defendida pelo ministro relator Gilmar Mendes prevaleça em outros julgados. Sim, porque a proposta do eminente ministro relator é de reduzir a atribuição do Senado Federal do artigo 52, X, da CF/88, à mera publicidade. Em outras palavras, a decisão do STF mesmo em sede de controle

difuso incidental terá eficácia erga omnes.

Controle difuso incidental não pode gerar por si só eficácia geral, o seu núcleo imutável é justamente o exame da constitucionalidade de uma norma jurídica tendo como referencial o caso concreto (objeto principal da lide), cuja decisão de não aplicação gera efeitos somente para as partes envolvidas no litígio. Se se pretende a mudança no que tange os efeitos da decisão, esta mudança acaba com o controle difuso incidental, e admite-se que no Brasil só terá o controle difuso abstrato.

Nisto concordamos com os autores favoráveis à abstrativização do controle difuso incidental: se operar a mudança proposta pelo ministro Gilmar Mendes, isto representará a falência do controle difuso incidental no Brasil. Dirley da Cunha[158] chega a sustentar que se eliminada a intervenção do Senado Federal, o STF será, semelhante à Suprema Corte dos Estados Unidos, regido pela doutrina do *stare decisis.* Quanto a esta assertiva, importa destacar a fala de Nathalie Kuczura Nedel:

> Assim, embora haja uma forte e tendente aproximação com o controle difuso originário e com a doutrina do *stare decisis,* com a verificação dos fundamentos expostos pelos julgados, bem como pela doutrina adepta dessa teoria, constata-se que o que se busca não é uma aproximação do controle difuso com suas origens, a fim de que se tutele o instituto de uma forma mais corente, mas sim uma aproximação com os parâmetros insculpidos no modelo austríaco de controle de constitucionalidade. A tendência é que cada vez mais o controle difuso de constitucionalidade tome forma de controle concentrado, até que este seja eliminado do sistema, gradativamente.[159]

Embora, no trecho supra, a autora chame de controle difuso o que entendemos ser controle difuso incidental, e por controle concentrado, o que chamamos de controle abstrato, concordamos com o paulatino desaparecimento da forma incidental do controle difuso, caso a atribuição senatorial do artigo 52, X da CF/88, desapareça ou seja reduzida.

Outra situação jurídica que chama atenção no trecho supracitado, bem como no prognóstico de Dirley da Cunha, é a doutrina do *Stare Decisis.* A doutrina ou princípio do *Stare Decisis* surge no sistema jurídico da *Common Law* para cumprir o mesmo objetivo, *mutatis mutandis*, do artigo 52, X, CF/88 no Brasil – país de *Civil Law* - qual seja: dotar de eficácia geral a decisão em sede de controle difuso incidental.

O *Stare Decisis* é um princípio próprio dos países de tradição *Common Law,* que mesmo sem menção expressa, observam a força vinculante dos precedentes. Deste modo, tomemos como exemplo os Estados Unidos da América onde as decisões dos juízes e tribunais em sede de controle difuso incidental só geram efeitos entre as partes, mas quando a mesma decisão é tomada pela Suprema Corte seus efeitos tomam força geral, em virtude do princípio do *Stare Decisis* e não por uma alteração no núcleo imutável do controle difuso incidental – este continua intacto.

Devemos ver com muito cuidado cada tentativa de aproximação das situações jurídicas próprias da *Common Law* com as da *Civil Law* e vice-versa. São dois sistemas jurídicos diferentes que requerem posturas diferentes dos julgadores. Em verdade, somos da opinião de que cada sistema deve se manter fiel aos seus princípios e modelos, cada um deve ser fortalecido na medida em que aprimora suas peculiares situações jurídicas.

A instituição da súmula vinculante pela emenda constitucional nº 45/2004 é o maior exemplo da malfadada tentativa de aproximação entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law.* Nathalie Kuczura Nedel[160] chama atenção que as súmulas vinculantes no Brasil são enunciadas em forma de verbetes, por isso só estampam o resultado final das decisões proferidas pelo STF, o que é totalmente diferente da força vinculante do precedente (*Stare Decisis*). Na *Common Law* o julgador ao aplicar um precedente leva em consideração todo o julgado (relatório, fundamentação e parte dispositiva), em outras palavras, ele contextualiza o precedente. “Ou seja, no Brasil, não vige o

entendimento de que a súmula não é um mero enunciado, mas algo que reflete uma tese jurídica inseparável das circunstâncias reais que originaram a sua edição, como ocorre com os precedentes”[161].

Ainda sobre a súmula vinculante instituída pela EC 45/2004, Edvaldo Brito[162] vai além. Para o autor esta “novidade” atinge dois princípios fundamentais: o da separação de poderes e o dos direitos individuais. Quanto à separação de poderes, Edvaldo Brito esclarece que em virtude da extrema extensão da vinculação da súmula, esta também abrange, por absurdo, o Poder Legislativo, saindo, portanto, da órbita de competência do Poder Judiciário. Explica, também, o referido autor que não há casos iguais, cada caso é um caso, “por isso, a lógica que o julgado der para colher a identidade será, sempre, discutível.”[163], daí a não observância do princípio fundamental dos direitos individuais, afinal cada indivíduo tem o direito subjetivo de ter o seu caso analisado.

Em suma, a conclusão é simples: a abstrativização do controle difuso incidental não representará a inserção da doutrina do *stare decisis*. Por um motivo óbvio, nosso sistema, *Civil Law*, é incompatível. O que teremos, certamente, com a abstrativização é o desaparecimento do controle difuso incidental no Brasil. E é a possível consequência deste paulatino desaparecimento que será tema do próximo capítulo deste trabalho.

Capítulo XIII

ABSTRATIVIZAÇÃO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

13. CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL, INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

13.1. *Legitimidade ativa no controle de constitucionalidade no Brasil*

A primeira Constituição Brasileira que previu o controle de constitucionalidade foi a de 1981. Com clara influência do sistema norte-americano, a Constituição de 1981 inaugurou um controle nos moldes do controle difuso incidental.

Tendo em vista que o controle de constitucionalidade tem início no Brasil na modalidade difusa incidental, pode-se afirmar que a legitimidade ativa para questionar a constitucionalidade de uma norma jurídica em hipótese era de qualquer cidadão.

Com a Constituição de 1934 foi mantido o controle difuso incidental, mas com uma novidade qual seja: a inserção da atribuição senatorial para suspender a norma jurídica declarada inconstitucional. Outra novidade desta Constituição foi a representação interventiva, esta foi a primeira ação direta no Brasil. A representação interventiva – semelhante a nossa hodierna ADI interventiva- só poderia ser proposta pelo Procurador-Geral da República (legitimidade ativa) perante o STF com o objetivo de fazer cessar a ofensa aos princípios constitucionais sensíveis.

Em virtude da ditadura de Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 negou algumas garantias e liberdades individuais e fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, em outras palavras, se caracterizou como centralizadora e autoritária. Em termos de controle de constitucionalidade, como não poderia ser diferente, representou um grande retrocesso ao não preceituar a representação interventiva e a atribuição senatorial, voltando aos moldes instituídos na Constituição de 1891. Pior, o presidente da república poderia, tendo em vista os requisitos, tornar sem efeito a decisão do Tribunal quanto à declaração de inconstitucionalidade. Diante deste quadro, entretanto, a legitimidade ativa ainda estava com os cidadãos.

No ano de 1946 o Brasil viu nascer mais uma Constituição. Dessa vez democrática, a Constituição de 1946 retomou todos os avanços conquistados até a constituição de 1934. Esta Constituição também fortaleceu o controle difuso abstrato que a partir dela contou com mais um instrumento, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – esta ação muito se assemelha a atual ADI genérica. A referida representação só poderia ser proposta pelo Procurador-Geral da República perante o STF.

A Constituição de 1967/69, apesar da ditadura militar, reafirmou o controle de constitucionalidade no Brasil tal qual instituído pela Constituição anterior. Inovou no sentido de garantir aos estados-membros a possibilidade de terem a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tendo como referencia suas Constituições Estaduais, bem como, no mesmo sentido, a representação interventiva contra ações municipais que ferissem os princípios sensíveis das Constituições Estaduais respectivas. A legitimidade ativa no caso das representações estaduais era do chefe do Ministério Público Estadual.

Chegamos à nossa atual Constituição. Já vimos os detalhes que cercam o controle de constitucionalidade no capítulo XI deste trabalho. Vimos inclusive que em termos de legitimidade ativa do controle difuso abstrato, a Constituição de 1988 ampliou bastante o rol de legitimados. Neste momento temos o seguinte

quadro: para o controle difuso incidental a legitimidade está atribuída a todos, já no difuso abstrato a legitimidade ativa está adstrita ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembleia Legislativa, ao Governador de Estado, à Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O controle difuso incidental tem importância salutar para o fortalecimento da democracia participativa, ele é a única forma de controle difuso que oportuniza a qualquer cidadão questionar a constitucionalidade de uma norma jurídica para ter o seu direito protegido. O desaparecimento deste instrumento seria um retrocesso sem igual para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

13.2. *Controle difuso incidental e a valorização da democracia participativa.*

No capítulo anterior chegamos à conclusão de que a mutação constitucional do artigo 52, X, CF/88, sugerida pelo ministro Gilmar Mendes, significará a derrocada do controle difuso incidental. A constatação vem da ideia de que o núcleo invariável do mencionado controle seria atingido e modificado, o que ocasionaria, por consequência, uma aproximação deste com o controle difuso abstrato. Tendo em vista o cenário que pode vir a se concretizar, imaginemos agora como seria se tal pretensão se realizasse.

Hipoteticamente, caso a mutação constitucional se efetivasse, a competência senatorial seria reduzida a mera publicação o que garantiria ao STF *eficácia erga omnes* às suas decisões em sede de controle incidental. A primeira consequência seria a retirada da garantia fundamental do pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo indivíduo[164]. Sim, pois se um caso

chega ao STF e ele julga procedente ou improcedente o pedido incidental de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, com efeito geral, isto retira automaticamente a pretensão de outros indivíduos de tentar rever este exame de constitucionalidade incidental no seu caso. Pouco a pouco seria retirado e desapareceria o controle difuso incidental.

Outra consequência lógica seria a mudança do próprio exame da constitucionalidade. O STF não poderia mais examinar a constitucionalidade pensando só no caso concreto (em hipótese) que se apresenta na demanda, a responsabilidade da decisão com eficácia *erga omnes* forçaria os ministros a examinar a constitucionalidade sempre em tese. O julgador agora também retiraria a validade da norma jurídica, tal como no controle abstrato[165], e não simplesmente nega a aplicação da lei.

Perderíamos também o único controle de constitucionalidade que permite ao indivíduo, qualquer membro da sociedade brasileira, participar do exame de constitucionalidade enquanto parte, enquanto legitimado. Por mais que as ações diretas hoje tentem "abrir" a participação na interpretação das normas constitucionais (*amicus curiae*, audiências pública e etc) para a sociedade, isto nunca poderá substituir a participação democrática ativa e direta que o controle difuso incidental oportuniza.

O poder emana do povo, e ele pode exercer este poder diretamente ou indiretamente por meio dos seus representes. A democracia participativa é aquela em que o cidadão participa diretamente da gerência do Estado. O plebiscito, o referendo e o controle difuso incidental são importantes instrumentos para o fortalecimento desta participação direta e mais ativa do povo. O objetivo e a tendência natural de um Estado Democrático de Direito deve ser a de cada vez mais aproximar o povo das principais deliberações deste Estado. Afinal, o ideal é que o titular do poder o exerça, ninguém melhor do que ele para deliberar de forma mais contundente com a suas necessidades e realidade. Uma das decisões importantíssimas própria de um Estado

Democrático de Direito é acerca da constitucionalidade de suas normas jurídicas, oportunizar ao cidadão a participação direta e ativa deste exame é, sem dúvida, defender a Supremacia da Constituição da forma mais democrática possível.

Ainda sobre democracia participativa, vale lembrar a lição de Edvaldo Brito[166]. Aponta o autor que a democracia participativa é uma tentativa de corrigir os defeitos da democracia representativa, quais sejam: o alheamento que consente ao governo uma atuação quase que livre, após o período eleitoral; e a incapacidade, inata à participação eleitoral, do eleitorado traduzir todas as nuances da opinião pública. Diante de tais críticas, "melhor seria desenvolver mecanismos para que o povo possa tomar posição nas decisões" do Estado e é esta revisão do processo decisório que vem com a democracia participativa.

Por óbvio, a democracia participativa deve ser condicionada. Como bem sinaliza Edvaldo Brito[167], os fenômenos da "informação suficiente dos cidadãos" e dos "grupos de pressão" devem ser ponderados. Explica o autor que "a decisão será mais precisa, por meio da participação, quanto melhor qualidade tiver a informação fornecida ao cidadão por esses meios de comunicação de massas"[168]. Quanto aos grupos de pressão, são aqueles grupos sociais que têm grande influência e força política na sociedade – igrejas, sindicatos, associações, grupos representantes de minorias e outros – o perigo são os meios empregados por estes grupos para obter vantagens, bem como a escopo destas vantagens. De fato, estes são pontos cruciais para o bom andamento da democracia participativa. Parece mesmo, que o mencionado autor previu o que hoje é uma realidade.

Pois bem. Voltando à questão da tradicional participação do Senado Federal, esta é importante para o fortalecimento da democracia em outro sentido também. Lenio Streck chama atenção para a importância da atribuição senatorial no que tange a participação democrática indireta. Ou seja, além da participação direta supracitada, o controle difuso incidental também oportuniza a participação indireta, já que os senadores são representantes eleitos diretamente pelo povo.

Admitir a redução desta competência, “significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988”[169].

Em suma, num contexto de depreciação do controle difuso incidental: perde o princípio da separação de poderes, perde a democracia direta e indireta, perde supremacia da constituição, enfim, perdemos todos!

CONCLUSÃO

No início deste trabalho foi apresentado o método fenomenológico. Este compreende a percepção do sujeito sobre o objeto, a descrição dos dados da consciência, e a clarificação destes dados para encontrar o “eidos” do objeto estudado. É perfeitamente possível aplicar este método na pesquisa jurídica. No caso, a investigação deste trabalho foi a análise da “abstrativização” do controle difuso incidental. Neste intento foi necessária a aclaração do núcleo imutável do controle difuso incidental. Para, então, compreender que a teoria inaugurada pelo STF descaracteriza a essência deste modelo, bem como quais as consequências.

A norma jurídica é um juízo expresso por proposições jurídicas hipotéticas disjuntivas que determinam, obrigam por meio de sanções, certa conduta humana no contexto de convívio social. Ela “nasce” - está apta a se desenvolver – quando perpassa com êxito a tríade de planos (existência, validade e eficácia). Para aplicar a norma jurídica, o julgador deve sempre olhá-la sob a perspectiva de um caso ou conflito real, com o objetivo de verificar se é adequada ou não para resolver o conflito. Neste desígnio, é necessário interpretar esta norma jurídica, e interpretar: é fixar-lhe sentido, alcance e força. A “morte” da norma jurídica ocorre quando ela é nula (não gera nenhum efeito), anulável (depende do requerimento do interessado) ou revogada (feita pela autoridade que tem competência para editar normas jurídicas).

Concluímos também que os pressupostos para o desenvolvimento da força normativa da Constituição referem-se ao conteúdo e a práxis desta Constituição. Quanto ao conteúdo a Constituição deve levar em conta tanto os aspectos sociais políticos e econômicos dominantes, quanto o apoio e a defesa da consciência geral (estado espiritual do seu tempo). É igualmente indispensável que o seu conteúdo mostre-se em condições de se adaptar a uma eventual

mudança dessas condicionantes – além das disposições estruturais do Estado, dever ter poucos princípios fundamentais, estes sempre de forma ponderada e nunca de forma absoluta. Já quanto a práxis da Constituição, a vontade de constituição é fundamental ao respeito da mesma. Assim, deve-se sempre limitar a intensa revisão constitucional, mesmo diante de uma mudança de situação, pois isto abala sua confiança e debilita a sua força constitucional.

A concepção de Estado de Direito que corrobora com construção da ordem jurídica por Kelsen é estritamente formal. Todavia, isto não a deforma. Muito pelo contrário, a concepção de Estado de Direito deve ser formal, pois se trata de uma estrutura de Estado. A valoração (ou o conteúdo) deve ficar na adjetivação deste Estado de Direito, como por exemplo, o fragmento "democrático" ou "constitucional". Portanto, se se quer levar em conta a realidade política, social ou econômica estaremos falando em um "Estado Democrático de Direto", ou num "Estado Social de Direito", ou qualquer outro, qual seja a ideologia deste Estado de Direito. O Brasil é um caso de Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito é marcado pela supremacia de uma Constituição, com a divisão funcional legislativa, executiva e jurisdicional para uma sociedade livre, igualitária, e abalizada por uma dinâmica de participação democrática. A República Federativa do Brasil se constituiu como Estado Democrático de Direito estabelecendo, assim, toda sua estrutura organizacional a este arquétipo de Estado.

O breve escorço histórico do constitucionalismo nos mostrou que saímos de um constitucionalismo ideal, passamos pelo escrito e agora precisamos torná-lo efetivo. Vivemos num momento muito importante e decisivo para o sucesso do Estado Democrático de Direito. É necessário, portanto, repito: render esforço demasiado para construir a ponte entre o escrito e a realidade, entre o formal e o efetivo. É disto, portanto, que se aventa o neoconstitucionalismo.

Desde a decisão de Marshall aos tempos hodiernos, a jurisdição constitucional tomou um impulso considerável. E não poderia ser diferente, já que a maioria dos países do mundo adota suas respectivas Constituições como Lei Fundamental. Assim, se o parâmetro da jurisdição constitucional é a Lei mais importante de um país, esta jurisdição deverá ser também a mais importante.

A principal forma de defender a supremacia da Constituição é, sem dúvida, o controle de constitucionalidade. No Brasil, o modelo adotado foi o difuso, subdividido em: abstrato e incidental. Na investigação desenvolvida neste trabalho, concluímos que o "eidos" do controle difuso incidental é o exame da constitucionalidade de uma norma jurídica tendo como referencial o caso concreto (objeto principal da lide), cuja decisão de não aplicação gera efeitos somente para as partes envolvidas no litígio, sendo competente para tal exame mais de um órgão. Desta forma, a postura do julgador frente a um questionamento incidental sobre a constitucionalidade de uma norma jurídica deve ser tão somente de aplicá-la ou não, sob a perspectiva do caso real e principal que se apresenta na demanda. Os efeitos da decisão deste julgador jamais poderá extrapolar às partes.

Para ter eficácia erga omnes a decisão em sede de controle difuso incidental precisa da atuação senatorial. A reclamação constitucional nº 4335/ACRE, traz no voto do eminente relator Ministro Gilmar Mendes a pretensa alteração da competência constitucional dada ao Senado Federal, para reduzi-la à mera publicação no Diário Oficial do Congresso. É evidente que não se trata de mera redução, em verdade, trata-se de uma supressão.

A supressão da atribuição dada ao Senado pelo artigo 52, X, da CF/88 é algo ainda mais grave do que parece. A mutação que pretende o ministro relator Gilmar Mendes é uma mutação inconstitucional, pois viola a cláusula pétrea da separação dos poderes. É óbvio que irá abalar o Estado Democrático de Direito. Um dos importantes alicerces desse modelo de Estado é justamente a tripartição das funções estatais.

A abstrativização do controle difuso incidental incide justamente sobre o

núcleo imutável desta espécie de exame da constitucionalidade, porque propõe a eficácia erga omnes da decisão, prescindida a atuação do Senado. Deste modo, a conclusão é bem simples: a abstrativização significará o ocaso do controle difuso incidental. Vale lembrar que ele é a única forma de controle difuso que oportuniza qualquer cidadão questionar a constitucionalidade de uma norma jurídica, sua importância, portanto, é salutar para o fortalecimento da democracia participativa. Por isso, enfim, podemos afirmar novamente: o paulatino desaparecimento deste instrumento será um retrocesso sem igual para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar A. Rodrigues C. de. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. www.planalto.gov.br.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almeidina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

BRITO, Edvaldo. **Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In. Ação declaratória de constitucionalidade/** Ives Granda da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes coordenadores. – São Paulo: Saraiva, 1994.

BRITO, Edvaldo. Aspectos jurídicos da democracia participativa como uma revisão do processo decisório. **Revista da Faculdade de Direito: Edição comemorativa do cinquentenário da UFBA,** Salvador, v. 36, p.115-131, 1996.

BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Inconstitucionalidades das reformas. Efetividade dos direitos fundamentais. **Erga Omnes,** Salvador, n. 7, p.35-52, ago. 2013.

BUZAID. Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Prefácio do professor Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito.** Lisboa: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999. 26 p. Colecção: Cadernos Democráticos.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Da jurisdição**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia.1957.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1997. 141 p

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito.** Lisboa: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999. 26 p. Colecção: Cadernos Democráticos.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. São Paulo, SP: Max Limonad, 1996. 84 p.

CÓSSIO, Carlos. **La Teoría Egológica del Derecho y El Concepto jurídico de Libertad.** Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944.

CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador:

JusPODIVM, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Transformações do Recurso Extraordinário.** *In:* Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Jus Podivm, 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição.** São Paulo: Max Limonad,1986. 257p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Constituição de 1988: Legitimidade, vigência, e eficácia, supremacia**. Atlas. São Paulo. 1989.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão e Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política.** Del Rey Internacional. Belo Horizonte. 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e

"procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. Tradução de Gilmar Mendes.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura.** Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida – SP: Ideias e Letras, 2006.

Http://educacao.uol.com.br/biografias/edmund-husserl.jhtm, acesso em 31/10/2013 às 14:42

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011. 427 p. Tradução de:João Baptista Machado.

LASSALLE, Ferdinand. **A Esssência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40 p. Prefácio de Aurélio Wander Bastos.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionaes**. Trad. De Américo Lobo. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1903.

MAUÉS, Antônio G. Moreira et al. (Org.). **Constituição e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2001. 200 p.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 26. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 702 p.

NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade:** Uma análise partir do caso marbury versus madison e da judicial review. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Org.). **Metodologia da Pesquisa em Direito e a Filosofia.** São Paulo: Saraiva, 2011.

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

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 897 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 924 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

TRIPICCHIO, Adalberto. **Introdução ao Método Fenomenológico.** Disponível em: <http://adalbertotr1.dominiotemporario.com/doc/Introducao_ao_Metodo_Fenom Acesso em: 07 nov. 2013.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria do Direito.** Volume 1. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

---

[1] Dados retirados do site http://educacao.uol.com.br/biografias/edmund-husserl.jhtm, acesso em 31/10/2013 às 14:42.

[2] HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura.** Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida – SP: Ideias e Letras, 2006. Página 147.

[3] Idem. Página 144.

[4] Ibid, p.144.

[5] PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Org.). **Metodologia da Pesquisa em Direito e a Filosofia.** São Paulo: Saraiva, 2011. Página 40.

[6] PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Org.). **Metodologia da Pesquisa em Direito e a Filosofia.** São Paulo: Saraiva, 2011. Página 35.

[7]TRIPICCHIO, Adalberto. **Introdução ao Método Fenomenológico.** Disponível em: <http://adalbertotr1.dominiotemporario.com/doc/Introducao_ao_Metodo_Fenomenologico.doc.>. Acesso em: 07 nov. 2013.

[8] Idem, página 150.

[9] Idem 151.

[10] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Página 366 e 367.

[11] Idem, página 373.

[12] Se são compatíveis com a situação jurídica ou não.

[13] VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria do Direito.** Volume 1. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. Página 11.

[14] BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. Página 43.

[15] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011. 427 p. Tradução de:João Baptista Machado. Página 81.

[16] Idem. Página 80.
[17] Idem. Página 121.
[18] CÓSSIO, Carlos. **La Teoría Egológica del Derecho y El Concepto jurídico de Libertad.** Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944. Página 135.

[19] Enquanto Kelsen desenvolveu a chamada Teoria Pura do Direito, Cossio estabeleceu a Teoria Egológica do Direito. Resumidamente, a primeira busca afastar o Direito de outros ramos da ciência (sociologia, antropologia, e outras) com o objetivo lhe atribuir autonomia científica, inclusive com objeto próprio qual seja: a norma jurídica. Já a segunda teoria, parte do pressuposto de que existem quatro tipos diferentes de objetos, são eles: os ideais (irreais, captados pelo intelecto); os naturais (reias, estão na experiência e não são valorados); os culturais (estão na experiência e são valorados); e os metafísicos (são reais, valorados, mas não estão na experiência). Cóssio, a partir desta classificação, distingue os objetos culturais em egológicos e mundanais, a depender de sua base fática se conduta humana ou física. Assim, identifica o Direito como objeto cultural egológico ao defini-lo como conduta humana em interação intersubjetiva.

[20] CÓSSIO, Carlos. **La Teoría Egológica del Derecho y El Concepto jurídico de Libertad.** Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944. Página 301.; e MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Página 368.
[21] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Página 368.

[22] BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. Páginas 46 e 47.

[23] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão e Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. Página 184.
[24] BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito Brasileiro**. Prefácio do Prof. Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva. 1958. Página 128 e 129.

[25] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão e Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. Página 166.
[26] BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. Página 49.

[27] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica:** Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Página 113.
[28] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Páginas 550 à 555.

[29]FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão e Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. Página 221.

[30] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Páginas 432 à 435.

[31]"Sobretudo, porém, tem de distinguir-se rigorosamente a interpretação do Direito feita pela ciência jurídica, como não autêntica, da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos. [...] A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão entre as possibilidades por si mesmas reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. [...]"(KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011. 427 p. Tradução de:João Baptista Machado. Página 395 e 396.)
[32] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão e Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

[33] Idem. Página 253.

[34] Idem. Página 253.

[35] "Podemos distinguir entre a interpretação sociológica e histórica conforme se leve em consideração a estrutura momentânea da situação ou sua gênese no tempo. Na prática, porém, é difícil sustentar a divisão. A busca do sentido efetivo na circunstância atual ou no momento de criação da norma mostra que ambos se interpenetram. Daí, às vezes, a idéia de uma interpretação histórico-evolutiva. É preciso ver as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu a sua gênese" (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão e Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. Página 262)
[36] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Página 554.
[37] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão e Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. Página 183.

[38] Idem, página 184.
[39] Idem, página 171.
[40] LASSALLE, Ferdinand. **A Esssência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40 p. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Página 17.
[41] Idem. Página 11.
[42] Idem. Páginas 17 e 18.

[43] Idem. Página 25.
[44] Idem. Página 37.
[45] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. Páginas 9 e11.

[46] Idem. Página 13.

[47] Idem. Páginas 14 e 15
[48] Idem. Páginas 16 a 18.
[49] Idem. Páginas 19 e 20.
[50] Idem. Páginas 20,21 e 22.
[51] BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. Página 36.

[52] Idem. Página 37.
[53] CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Página 147.

[54] BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. Página 51 e 52.

[55] SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Página 147 e 148.

[56] BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Página 29.
[57] BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almeidina, 1994. Página 20 a 23.

[58] É importante ressaltar: esta distinção não é àquela que a doutrina faz sobre normas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais. Que fique claro ao leitor, a distinção elaborada por Otto Bachof diz respeito aos elementos jurídico e sociológico do conceito Constituição. Não concordamos com a existência de normas formalmente constitucionais, pois todos os dispositivos presentes numa Constituição Jurídica são materialmente constitucionais.

[59] Idem. Página 39.
[60] Idem. Páginas 40 e 41.
[61] Idem. Página 48.
[62] Idem. Páginas 50 a52.
[63] Idem. Páginas 64, 66 e 67
[64] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito**

Constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
[65] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. Tradução de Gilmar Mendes. Página 12.
[66] Idem. Página 12.
[67] Idem. Página 21.
[68] Idem. Página 23.
[69] O escorço histórico sobre a vida de Hans Kelsen, apresentado neste trabalho, tem como base o prólogo de Tércio Ferraz Junior do Livro "Para entender Kelsen" (COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. São Paulo, SP: Max Limonad, 1996. 84 p.).
[70] " Desde sua primeira obra de repercussão – Hauptprobleme der Statsrechtslehre – em 1911, Kelsen publicou um considerável número de trabalhos que, incluindo traduções e reimpressões alcança mais de 620 títulos. Por outro lado, os textos que versaram especificadamente sua obra superam a cifra dos 1200" (COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. São Paulo, SP: Max Limonad, 1996. Página13.)
[71] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.Tradução de:João Baptista Machado. Página 218.
[72] Idem. Página 222.
[73] Idem. Página 223 e 224.
[74] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011. 427 p. Tradução de:João Baptista Machado.
[75] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito.** Lisboa: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999. 26 p. Colecção: Cadernos Democráticos. Página 4.)
[76] Idem, página 9.
[77] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011. 427 p. Tradução de:João Baptista Machado. Página 317.
[78] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Páginas 114 e 115.
[79] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Página 49.
[80] SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Página 169.
[81] MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Editora Universidade de Brasília: Brasília, 1982. Página 210.

[82] BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. www.planalto.gov.br.

[83] “Desse modo, quer pela amplitude da sua aplicação prática quer pela pluralidade de tratamentos teóricos, seja pela polissemia do termo seja pela necessidade de um enfoque que ultrapasse o formalismo jurídico, adota-se, aqui, a expressão “regra da maioria” em sua dimensão mais lata e abrangente, como sinônimo de princípio de maioria, lei da maioria e direto da maioria.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1997. Página 33)
[84] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1997. Página 38.

[85] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1997. Página 24.

[86] MAUÉS, Antônio G. Moreira et al. (Org.). **Constituição e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2001. Página 53.

[87] Expressão usada por Clèmerson Merlin Clève. (MAUÉS et al., 2001, p.53)
[88] “A ideia, verdadeira, para nós, de que o *constitucionalismo* sintetiza todas as forças reais de poder com as quais se compõe a *sociedade civil* e as quais atuam para limitar a esfera do poder político; para assegurar os direitos da personalidade humana a ela intrínsecos, por isso, anteriores às leis positivas; fornece-nos a concepção de que a *Constituição* é um repositório das aspirações dessa *sociedade* e, assim, não se confunde com a forma de sua veiculação ou seja a forma chamada de *Constituição jurídica*, ou escrita, ou sistematizada, ou política, esta sim, obrigatoriamente identificável com aquela, sob pena de ilegitimidade.” (BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. Páginas 25 e 26).

[89] CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Página 31.

[90] Os Dez Mandamentos, escritos por Deus e dado à Moisés, eram os principais preceitos legais do povo de Israel. Todos estavam submetidos e subordinados aos Dez Mandamentos, e toda a legislação deste povo emanava deles. Os Dez Mandamentos estão descritos no capítulo 20 do livro de Êxodo e são: “Não terás outros deuses além de mim; não farás para ti nenhum ídolo, nenhuma imagem de qualquer coisa no céu, na terra, ou nas águas debaixo da terra; não te prostrarás diante deles nem lhes prestarás culto, porque eu, o Senhor teu Deus, sou Deus zeloso, que castigo os filhos pelos pecados de seus pais até a terceira e quarta geração daqueles que me desprezam, mas trato com bondade até mil gerações aos que me amam e guardam os meus mandamentos; não tomarás em vão o nome do Senhor teu Deus, pois o Senhor não deixará impune quem tomar o seu nome em vão; lembra-te do dia de sábado, para santificá-lo, trabalharás seis dias e neles farás todos os teus trabalhos, mas o sétimo dia é o sábado dedicado ao Senhor teu Deus, nesse dia não farás trabalho algum, nem tu, nem teus filhos ou filhas, nem teus servos ou servas, nem teus animais, nem os estrangeiros que morarem em tuas cidades, pois em seis dias o Senhor fez os céus e a terra, o mar e tudo o

que neles existe, mas no sétimo dia descansou, portanto, o Senhor abençoou o sétimo dia e o santificou; honra teu pai e tua mãe, a fim de que tenhas vida longa na terra que o Senhor teu Deus te dá, não matarás; não adulterarás; não furtarás; não darás falso testemunho contra o teu próximo; não cobiçarás a casa do teu próximo; não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem seus servos ou servas, nem seu boi ou jumento, nem coisa alguma que lhe pertença".

[91] CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Página 33.

[92] Idem. Página 35.

[93] BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Página 190.

[94] CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Página 38.

[95] BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Páginas 190 à 193.

[96] "A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão cientifica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constitucionalização da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional." (BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro:** Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Página 190 e 191.)

[97] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013. Página 39.

[98] CALMON DE PASSOS, J.J. **Da jurisdição**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia.1957, página 9.

[99] Idem. CALMON DE PASSOS, página 6.

[100] Idem. CALMON DE PASSOS, página 10.

[101] Idem. CALMON DE PASSOS, página 14.

[102] MARSHALL, John. **Decisões constitucionaes**. Trad. De Américo Lobo. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1903.

[103] Idem. MARSHALL, página 26.
[104] BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito Brasileiro**. Prefácio do Prof. Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva. 1958. Páginas 18, 19, 20 e 21.
[105] Alguns autores preferem a nomenclatura de Estado Constitucional de Direito.

[106] Falar em garantias instrumentais que brotam da Constituição de 1988 é muito amplo. Por exemplo, neste conjunto está o Mandado de Segurança (individual e coletivo), Habeas Corpus, Habeas Data, a Ação Civil Pública e as ações que se destinam à declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.
[107] "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. www.planalto.gov.br.)

[108] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013. Página 151.

[109] FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Jus Podivm, 2013. Página 166.
[110] Idem. Páginas 166 e 167.
[111] FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Jus Podivm, 2013. Página 172.
[112] FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia.** Salvador: Jus Podivm, 2013. Página 172.
[113] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1 Página 317.

[114] Idem. Página 317.

[115] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013. Página 157.

[116] Idem. Página 178.
[117] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática.** 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2008. Prefácio.
[118] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Página 49.

[119] "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

(...)”

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

(...)”

[120] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2008. Prefácio.

[121] Já sabemos que a declaração é uma espécie de controle feita pelo judiciário. Mas qual é a história da ação declaratória? Alfredo Buzaid no seu livro Da ação direta, estabelece que a ideia de atribuir ao Poder judiciário a competência para negar a aplicação das leis consideradas inconstitucionais foi definida com larga repercussão internacional nos EUA, quando o Juiz Marshall decide o caso famoso Marbury v. Madson. Vejam que neste primeiro momento a declaração de inconstitucionalidade está ligada a uma decisão no caso concreto. Assim, apresentou-se como uma questão prejudicial e não principal. Buzaid, então destaca que um dos grandes méritos dos EUA foi o de ter compreendido a insuficiência da declaração de inconstitucionalidade por via de exceção e de ter utilizado a injunção que permite atacar a constitucionalidade de uma lei mesmo antes dela entra em vigor. O terceiro método de exame judicial de constitucionalidade das leis surgiu também nos EUA, a ação declaratória este método surgiu em 1918 com potencial para rapidamente superar a injunção. (BUZAID. Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Prefácio do professor Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva, 1958.)

[122] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Página 58.

[123] BRITO, Edvaldo. **Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In. Ação declaratória de constitucionalidade/** Ives Granda da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes coordenadores. – São Paulo: Saraiva, 1994. Página 48.

[124] CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Página 437.

[125] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro:** aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Páginas 121 e 122.

[126] Cabe explicar cada um das técnicas mencionadas para que não haja qualquer dúvida, nem desconforto. A primeira técnica consiste na eliminação da norma jurídica declarada inconstitucional, a norma é extirpada, total ou parcialmente, do ordenamento jurídico. Já na segunda técnica, há uma restrição

na aplicação da lei em determinadas situações, mas seu texto normativo é preservado. Por fim, a interpretação conforme significa a adoção de uma semântica que coaduna com a Constituição e, ao mesmo tempo, a inconstitucionalidade de qualquer outra hipótese de compreensão da referida norma.

[127] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Página 54.

[128] BUZAID. Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Prefácio do professor Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva, 1958. Páginas 87 a 89.

[129] DIDIER JR., Fredie. **Transformações do Recurso Extraordinário.** *In:* Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006. Página 982.

[130] Idem. Página 982.

[131] Idem. Página 983.

[132]

[133] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 152.

[134] "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – Julgar, mediante recurso extrordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivos desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestada em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal."

[135] "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

[136]

[137] "Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado."

[138]"Art. 13. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, caberá

reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.”

[139] BUZAID. Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Prefácio do professor Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva, 1958. Página 33.

[140] Súmula Vinculante n. 26: “PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO
DE PENA POR CRIME HEDIONDO, OU EQUIPARADO, O JUÍZO DA EXECUÇÃO OBSERVARÁ A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, SEM PREJUÍZO DE AVALIAR SE O CONDENADO PREENCHE, OU NÃO, OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO BENEFÍCIO, PODENDO DETERMINAR, PARA TAL FIM, DE MODO FUNDAMENTADO, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO.”

[141] BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. Página 71.

[142] Konrad Hesse entende que é necessário associar o elemento sociológico e o elemento normativo para a análise da ordenação jurídica na realidade. Caso esta análise seja unilateral, levará a um inevitável extremo de uma norma despida de qualquer elemento da realidade (positivismo jurídico) ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo (positivismo sociológico). Assim, a pretensão de eficácia (aspecto jurídico) de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização. São aspectos autônomos, discrepantes, mas de condicionamento recíproco. Como bem disse Konrad Hesse, os limites e possibilidades só poderão ser compreendidos pela relação entre Constituição jurídica e a realidade. O desenvolvimento efetivo de uma Constituição (sua força vital e eficácia) está condicionado à vinculação às condicionantes: política; social: e econômica. Assim, a Constituição não poderá construir o Estado de forma abstrata e teórica, sob pena de permanecer “eternamente estéril”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. Páginas de 13 à 18)

[143] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte Burguesa.** 4. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. Página 49.

[144] CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Página 250.

[145] Idem. BRITO, Edvaldo. Páginas 75 e 76.

[146] “Impões-se, então a sistematização do tema, discriminando as espécies de alteração: os tipos formais são a emenda e a revisão e os não-formais, os atos integrativos e os atos jurisdicionais; por isso que esses poderão conduzir a mutações constitucionais.” (Idem. BRITO, Edvaldo. Página 86.)

[147] Idem. BRITO, Edvaldo. Página 110.

[148] BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. www.planalto.gov.br.

[149] Para Edvaldo Brito os limites a essas alterações podem ser: limites imanentes à Constituição jurídica (materiais, circunstancias, temporais); e os limites transcendentes à ordem constitucional positivada (objetivos da sociedade civil e os direitos e garantias fundamentais do homem). (Idem. BRITO, Edvaldo. Página 92.

[150] Idem. CUNHA, Dirley. Páginas 244 e 245.
[151]FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição.** São Paulo: Max Limonad,1986. Página 9.
[152]"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

[...]"
[153] A Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 7º, nº 7, dispõe:
"Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

[154] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição.** São Paulo: Max Limonad,1986. Página 13.
[155] LÚCIO BITTENCOURT, C. A. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª Ed. Atualizado por José Aguiar Dias. Rio. Forense, 1968. Página 98.
[156] BUZAID. Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. Prefácio do professor Miguel Reale. São Paulo: Edição Saraiva, 1958. Página 87.
[157] CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Página 326.

[158] CUNHA, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Página 327.

[159] NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade:** Uma análise partir do caso marbury versus madison e da judicial review. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2013. Páginas 84 e 85.
[160] Idem, página 73.
[161] Idem, página 74.
[162] BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Inconstitucionalidades das reformas. Efetividade dos direitos fundamentais. **Erga Omnes,** Salvador, n. 7, p.35-52, ago. 2013. Ver também prefácio do livro "Efeito vinculante e concretização do direito" de Rosmar Alencar.
[163] Idem. Página 51.
[164] SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Página 221.

[165] “Neste sentido, há que se fazer uma diferença entre o que é a retirada da validade da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Suspender a execução da lei não pode significar retirar a validade da lei. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada da sua eficácia”(STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013. Página 555.)

[166] BRITO, Edvaldo. Aspectos jurídicos da democracia participativa como uma revisão do processo decisório. **Revista da Faculdade de Direito: Edição comemorativa do cinquentenário da UFBA,** Salvador, v. 36, p.115-131, 1996. Páginas 128 e 129.
[167] Idem. Página 129.
[168] Idem. Página 130.
[169] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013. Página 551.