

JOSÉ ADRICE PAZ DE AMORIM JÚNIOR

**A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A
DINÂMICA CONSTITUCIONAL:**

**A permanência da atuação do Senado Federal no controle de
constitucionalidade**

Recife
2013

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
MESTRADO EM DIREITO

**A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A
DINÂMICA CONSTITUCIONAL:**

**A permanência da atuação do Senado Federal no controle de
constitucionalidade**

José Adrice Paz de Amorim Júnior

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Recife
2013

José Adrice Paz de Amorim Júnior

**A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A DINÂMICA
CONSTITUCIONAL:**

A permanência da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade

O presente trabalho monográfico é apresentado à pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Recife
2013

A524o

Amorim Júnior, José Adrice Paz de

A objetivação do controle de constitucionalidade difuso e a dinâmica constitucional : a permanência da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade / José Adrice Paz de Amorim Júnior ; orientador Gustavo Ferreira Santos, 2013.

144 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências da Religião, 2013.

1. Direito constitucional. 2. Controle de constitucionalidade. I. Título.

CDU 342 (81)

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

ATA DE DEFESA ORAL DE MONOGRAFIA FINAL DO MESTRADO EM DIREITO

DATA: 04/02/2013

MESTRANDO: JOSÉ ADRICE PAZ DE AMORIM JÚNIOR

ORIENTADOR: PROF. Dr. GUSTAVO FERREIRA SANTOS

**TEMA: A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A
DINÂMICA CONSTITUCIONAL: A permanência da atuação do Senado Federal no
controle de constitucionalidade**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos (orientador)

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira (examinador interno)

Prof. Dr. Rodrigo Silva Rosa de Araújo (examinador externo)

A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A DINÂMICA CONSTITUCIONAL:

A permanência da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade

José Adrice Paz de Amorim Júnior

Agradecimentos

A conclusão de uma tarefa, muitas vezes, não demanda apenas o esforço isolado de um único indivíduo, mas conta com a participação de pessoas, as quais, direta ou indiretamente, contribuem para a sua consecução. Deste modo, por imperioso impulso de justiça, procedo aos meus agradecimentos.

A Deus, senhor da minha vida, pela perseverança nos momentos difíceis e pela capacidade para continuar.

A Roseanne, minha esposa, pelo apoio fiel e constante, pela força e compreensão, pelo companherismo e encorajamento.

A Mariana, minha filha, que já tão pequena precisou entender minhas ausências.

Aos meus pais, Irene e Adrice, pelas lições de vida que não serão esquecidas.

Ao meu amigo Dr. Sérgio Torres pela confiança no meu trabalho e estímulo nessa jornada.

Por fim, agradeço ao meu orientador Dr. Gustavo Ferreira Santos pela solicitude e atenção dirigidas durante a construção deste trabalho.

RESUMO

As mudanças ocorridas na sociedade refletem no modo de percepção do Direito Constitucional e na forma da prestação jurisdicional. Algumas dessas modificações requerem alterações formais do texto constitucional; outras, modificam a norma sem modificação do texto. Isto ocorre por meio do processo de mutação constitucional. O controle de constitucionalidade não escapa aos efeitos da mutação, permitindo, no caso do Brasil, o surgimento de um complexo sistema de controle, adicionando às clássicas formas novas possibilidades, permitindo, ainda, a participação de entidades variadas na interpretação constitucional. Contudo, estas novas alterações não foram capazes de se sobrepor ao relevante papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, e isto se deve ao reconhecimento de valores democráticos presentes no Estado brasileiro.

ABSTRACT

The changes in society reverberate in the way of Constitutional Law perception and the jurisdictional provision. Some of these changes require Constitution formal modifications; others modify the norm without changing the text. This happens through the process of constitutional mutation. The constitutionality control does not escape the mutation effects, allowing, in the case of Brazil, the emergence of a complex control system, adding new possibilities to the classic ways, and also allowing the participation of varied entities in constitutional interpretation. However, these new changes were not able to overlap the Senate's important role in the control of constitutionality, and this is due to the present democratic values of the Brazilian state.

Palavras-chave:

Constitucionalismo – Controle de constitucionalidade – Mutação constitucional – Senado Federal – Princípio democrático.

INTRODUÇÃO.....	9
1. Bases para a compreensão da atuação senatorial no controle de constitucionalidade frente à dinâmica constitucional	13
1.1. Considerações acerca do desenvolvimento do pensamento constitucionalista ..	13
1.1.1. A nova perspectiva constitucionalista: o neoconstitucionalismo	18
1.2. A ideia de constituição e sua dificuldade conceitual	23
1.2.1. Os sentidos formal e material de constituição	30
1.2.2. Novas perspectivas globalizantes em torno da ideia de constituição.....	32
1.3. O fundamento político do ordenamento constitucional: considerações sobre o poder constituinte	35
1.3.1. As bases justificantes do poder constituinte	38
1.3.2. Manifestação e natureza, ainda a questão da legitimidade	40
1.4. A construção hierárquica de um ordenamento: a questão do reconhecimento da supremacia constitucional.....	44
1.5. A força normativa da constituição	47
1.6. As crises do Estado constitucional.....	49
2. Hermenêutica Constitucional, mutação e controle de constitucionalidade: conformação político-social de seus limites	52
2.1. Princípios auxiliares da interpretação constitucional	56
2.2. A interpretação como uma atividade de conhecimento sócio-cultural	58
2.3. Considerações sobre os métodos de interpretação.....	61
2.4. A evolução social e normativa e os agentes ativos da interpretação	63
2.5. Novas perspectivas acerca do conteúdo normológico dos princípios.....	66
2.6. A mutação constitucional como fenômeno de integração político-social	68
2.6.1. A constituição como documento vivo	71
2.6.2. Espécies de mutação constitucional	79
2.6.3. Riscos inerentes à mutação constitucional: a desconsideração de limites implícitos.....	83
3. Os limites democráticos do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade	85
3.1. O desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade no Brasil.....	86
3.2. A jurisdição constitucional como fator assegurador da supremacia da constituição.....	93

3.2.1.	Os limites democráticos à atuação do Supremo Tribunal Federal	96
3.2.2.	A atuação legitimadora do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade	103
3.2.3.	O protagonismo judicial e a harmonização democrática	105
3.2.3.1.	A atuação criativa dentro de um regime constitucional democrático.....	107
3.2.4.	A função jurisdicional e a separação dos poderes	111
4.	A atuação senatorial no controle de constitucionalidade e a objetivação deste controle	114
4.1.	Considerações próprias ao controle difuso de constitucionalidade brasileiro...	116
4.2.	A atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso como forma de objetivação.....	118
4.2.1.	O Senado Federal como elemento democrático no controle de constitucionalidade	119
4.2.2.	O papel do Senado e o processo evolutivo do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: a objetivação do controle	124
4.2.3.	Pela manutenção da norma inserta no art. 52, X da Constituição da República	128
	CONCLUSÃO.....	135
	Bibliografia.....	138

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADPF – AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

ART - ARTIGO

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CPI – COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

CPC – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

CR – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

DJU – DIÁRIO DE JUSTIÇA DA UNIÃO

EC – EMENDA CONSTITUCIONAL

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A DINÂMICA CONSTITUCIONAL: A permanência da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade

INTRODUÇÃO

As transformações sociais alteram a nossa percepção dos fatos e do mundo. O Direito, enquanto fenômeno social, não se mantém imune a este efeito¹, de modo que tais transformações dão vida e conformam o modo de compreensão do aparato jurídico que se estrutura a partir da sociedade². Dão vida, pois acrescem, aos institutos anteriormente existentes, outros novos; conformam, pois permitem novos olhares e perspectivas aos institutos já existentes.

No que diz respeito à Teoria Constitucional estas mudanças ligam-se ao estudo da dinâmica constitucional, onde aparece em destaque o processo de mutação constitucional.

As considerações que terão desenvolvimento não pretendem tratar do tema da dinâmica constitucional, em particular da mutação constitucional, em seu amplo alcance na ordem jurídica brasileira, mas delimitar-se à análise de uma específica e possível mutação constitucional, a qual recai sobre o controle de constitucionalidade difuso, em especial, sobre o papel do Senado nessa espécie de controle.

O tema do trabalho justifica a sua importância a partir das discussões travadas sobre o conflito democrático enfrentado na crise de instituições brasileiras, em

¹ Luhmann nos ensina que o “direito tem que ser visto com uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social”. Luhmann, Niklas. *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1983, p. 170.

² Com a Modernidade o processo de diferenciação funcional se torna dinâmico. Diferenciação esta que se realiza por meio da relação entre sistemas parciais. Luhmann conclui que à medida que aumenta a complexidade do sistema social, este é “reestruturado no sentido da formação de sistemas parciais funcionalmente específicos. Isso leva a uma maior variedade, à superprodução de possibilidade de expectativas e de ação, inclusive de projetos normativos nos sistemas parciais, forçando assim uma maior seletividade”. *Idem, Ibidem*, p. 175. Carducci, com fulcro em Luhmann, atribui aos fenômenos de desagregação, fragmentação, interação e exclusão as causas dessa diferenciação e sintetiza esta construção: “Em geral, falamos de diferenciação quando um sistema se diferencia do próprio ambiente, traçando os seus limites e dando-lhe a possibilidade de observar que existem outros sistemas no seu próprio interior”. CARDUCCI, Michele. *O Constitucionalismo como Categoria de Centro, In Constitucionalismo e Estado*, Rio de Janeiro, 2006, p. 68.

especial no que diz respeito ao sistema representativo, e à atuação do Supremo Tribunal Federal.

O caso que especificamente trouxe à tona o problema não envolve pessoas que figuram estampando manchetes de jornais ou outros meios de imprensa, pois se apresentam como indivíduos simples, que, talvez despreziosamente, se viram envolvidos em temas que se equiparam em relevância às mais turvas questões da atualidade, a exemplo dos mensalões ou CPI dos bingos, porém, sem encontrar a mesma notoriedade popular que apresentam estes casos.

Apesar da ausência de popularidade, o tema em comento cresce em importância porque é referente à estrutura do Estado e à relação entre Poderes. Trata-se de uma reclamação constitucional, impetrada pela Defensoria Pública da União, na qual se alegava a desconsideração de decisão do Supremo, prolatada no processo de *habeas corpus* n. 82.959, onde se discutia incidentalmente a constitucionalidade de lei. No bojo desta ação se teve por inconstitucional o art. 2º, § 1º da lei 8072/90 (lei de crimes hediondos), o qual, na sua dicção originária, vedava a progressão de regime aos condenados por crime hediondo. É interessante notar que esta decisão a respeito da lei de crimes hediondos é fruto de interpretação judicial advinda de uma mutação constitucional, porém não reside aqui o objeto deste trabalho.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer, acabou por opinar pelo não conhecimento da reclamação constitucional. Não obstante, em voto datado de fevereiro de 2007, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, propugnou pela recepção da reclamação, reconhecendo ainda a violação, por parte do juízo das execuções penais da comarca de Rio Branco, da decisão do Supremo exarada no referido *habeas corpus*.

Tal entendimento se fundamentou na existência de uma suposta mutação constitucional relacionada à atuação do Senado no controle difuso. O fato é que diante deste fenômeno teria o art. 5º da Constituição da República sofrido alteração no seu inciso X, passando a resolução senatorial a produzir apenas efeitos de divulgação, ou seja, somente para oferecer publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal que colmatam a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

O problema toma corpo ao se examinar os fundamentos de seu voto. Em primeiro, há que se considerar que o ato decisório em sede de *habeas corpus*, carrega a análise de um caso concreto, portanto, trata-se de controle de constitucionalidade

por via de exceção ou defesa. Nestes casos, tradicionalmente, difunde-se o conhecimento de que os efeitos da decisão limitam-se às partes que figuraram no processo.

Em segundo momento, passa-se a perquirir qual seria função do Senado no controle de constitucionalidade, se o dispositivo inserido no art. 52, X da Constituição da República não mais teria serventia, posto que era entendimento corrente que a norma constitucional referida atribuía àquela Casa a decisão política de conferir eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo em sede de controle difuso e não apenas de oferecer publicidade à decisão da Corte.

Registre-se, de início, que a expressão usualmente utilizada pela doutrina – objetivação do controle de constitucionalidade – não seria precisa na indicação do fenômeno, uma vez que o que se objetiva são os efeitos e não o controle.

Pois bem, no voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes restou consignado que as normas que regem o sistema de controle de constitucionalidade difuso sofreram os efeitos da dinâmica constitucional, apresentando outra conformação, permitindo ao Supremo o domínio sobre este tipo de procedimento, restando ao Senado figurar como divulgador das decisões do Supremo neste tipo de controle.

Dessa forma, a compreensão desse fenômeno mutacional conferiu ao texto nova e distinta significação, a qual, tradicionalmente, só seria passível de ser compreendida mediante a alteração do próprio texto da Constituição.

Diante desta construção teórica, põe-se em questão conceitos tradicionalmente relevantes na Teoria Constitucional, os quais precisam ser sopesados para, enfim, discutir a existência de uma possível mutação constitucional em matéria de controle de constitucionalidade difuso capaz de ocasionar a alteração já referida.

Assim, apresentar-se-á uma visão geral do movimento constitucionalista e a repercussão dessa nova forma de pensar a constituição, colocando-a em posição de destaque como elemento irradiador da validade do ordenamento. O problema atravessa o terreno conflituoso da legitimidade democrática dada pela “vontade da maioria” e o exercício da jurisdição constitucional.

Será necessário, deste modo, considerar o tratamento a ser dado à Hermenêutica Constitucional, reconhecendo-a como metadisciplina autônoma em

relação à Hermenêutica tradicional, em virtude de ter por objeto a própria constituição.

O tema ora em análise torna, ainda, imprescindíveis considerações, ainda que propedêuticas, acerca de ideias correlatas, tais como supremacia constitucional e força normativa constitucional, fruto do movimento constitucionalista.

1. Bases para a compreensão da atuação senatorial no controle de constitucionalidade frente à dinâmica constitucional

Para a análise do tema objeto deste trabalho monográfico é imprescindível, como dito na introdução, fazer algumas considerações sobre o movimento constitucionalista e sobre temas umbilicalmente ligados a este, ainda que sem a intenção de esgotamento das ideias centrais, tais como constituição, poder constituinte, supremacia constitucional e força normativa.

Esta breve análise servirá de base para o desenvolvimento das ideias acerca de uma suposta mutação constitucional relacionada à atuação do Senado Federal no caso específico do controle de constitucionalidade difuso, tema do nosso estudo.

Como se disse, não se pretende um extenso tratamento, uma vez que as matérias aqui inicialmente tratadas têm conceitos variáveis no tempo e encontram divergências em suas aplicações. O que se pretende é oferecer subsídios para os argumentos que serão desenvolvidos.

1.1. Considerações acerca do desenvolvimento do pensamento constitucionalista

A expressão “constitucionalismo” carrega uma gama de significações, as quais lhe conferem singularidade a partir da análise de um ordenamento específico. Deste modo, seria possível identificar vários constitucionalismos conformados dentro da história constitucional de cada povo, porém com pontos de contato entre si, o que permite a formulação de teorizações a respeito. Assim, não se nega razão a Canotilho ao preferir a utilização da expressão “movimentos constitucionais”³, uma vez que o termo “constitucionalismo” liga-se à concepção de um movimento ideológico-constitucional, cuja preocupação central consolida-se em torno da ideia de limitação

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 51.

do poder, ou com se refere Canotilho, à “teoria que ergue o princípio do governo limitado”⁴.

No que se refere à origem da palavra “constitucionalismo” Baracho registra que se liga às “primeiras investigações sobre Constituição”⁵. Nesta análise, pode-se fazer referência, de forma lata, à existência de um constitucionalismo primitivo⁶.

Em um conceito mais restrito, o constitucionalismo pode ser definido como um movimento político-jurídico que reconhece a constituição como um documento limitativo do poder e atuação estatais. Nesta acepção, o constitucionalismo surge a partir dos eventos históricos do século XVIII. Neste período, por ocasião dos ideais políticos, econômicos e sociológicos é que o movimento se firma de modo mais consistente. E, por isto, este período passa a ser destacado no estudo do tema pela maioria dos autores que se ocupam do desenvolvimento do constitucionalismo. Considerando esse processo evolutivo, Bulos se refere à expressão “constitucionalismo” como uma “palavra recente revestida de uma ideia remota”⁷.

Assim, apesar da dicotomia mencionada, o mais comum é encontrar referências a este movimento atado à história recente da humanidade, encontrando-se o marco inaugural deste movimento no século XVIII, com o advento das ideologias libertárias que culminaram com as Revoluções Americana e Francesa⁸.

O aparecimento de uma nova forma de organização política característica da Era Moderna – o Estado –, em sua feição absolutista, herdeira de uma sociedade estamental-monárquica, impulsionou a discussão sobre a necessidade de imposição de

⁴ *Idem, Ibidem*, p. 51.

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo, *In* Revista de Informação Legislativa, 1986, p. 03.

⁶ CANOTILHO, ob. cit., p. 52.

⁷ BULOS, Uadi Lamego. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10 s.

⁸ Conforme ensinamento de Dallari, o Estado é um fenômeno em constante interação de forças sociais capazes de iniciar alterações nas relações internas. Prossegue o autor destacando que, quanto à profundidade e à aceleração dessas transformações, os meios utilizados para sua operação variam. As ditas “evoluções” representam o desenvolvimento natural e preferível, face à sua gradual implementação, porém, só se torna possível com o aparelhamento das instituições estatais, “prontas para sentir o aparecimento de novas possibilidades e aspirações” a ponto de integrá-las à realidade jurídica.

De outro modo, a rigidez institucional desenvolve uma relação conflituosa ante essas inadequações com a realidade, o que inevitavelmente conduzirá a uma “revolução”, capacitada a “remover os obstáculos à livre transformação do Estado, restaurando os mecanismos de adaptação às novas exigências da realidade social”. DALLARI, Damo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 139 s.

barreiras que condicionassem o exercício do poder estatal, funcionando como terreno fértil à efervescência de pensamentos ligados à implementação de mudanças sociais profundas, o que só se apresentava viável, diante do cenário político presente à época, através de mudanças bruscas a serem alcançadas por meio de uma revolução social.

A condição social posta pela organização política absolutista enclausurava a liberdade e outros direitos ligados ao indivíduo. Sobre este momento, Bonavides registra que “As conseqüências que daí advieram às liberdades civis são naturalmente claras, visto que aquelas ideias expõem o direito e a liberdade, em sua formulação individualista, a graves perigos (...)”⁹.

Deste modo, vem a ser caracterizado, doutrinariamente, o movimento político, filosófico e social que visualiza, na positivação de um estatuto jurídico fundamental, a potencialidade de realizar os reclamos sociais, que viriam a se configurar nas promessas da Modernidade, as quais passavam, necessariamente, pela contenção do poder do Estado. Deste modo, surge o constitucionalismo ou, de outro modo, evolui o pensamento constitucionalista ligado à ideia de limitação do poder estatal com supedâneo na constituição.

Nessa perspectiva é que Nogueira da Silva sintetiza o conceito, dizendo que o constitucionalismo é “a doutrina que só reconhece a existência de um Estado que seja estruturado por um ato constituinte formal, através de uma Constituição”¹⁰, aduzindo que este conceito, concebido de forma original, merece sopesamentos evolutivos em face de se considerar a constituição como um ato político.

É através do estudo do desenvolvimento do constitucionalismo que se compreende o lugar ocupado pela constituição.

A relação com as doutrinas e ideologias, que se manifestam na fixação do “Estado constitucional”, no “regime constitucional”, no Estado Liberal, no Estado de direito e no Estado social de direito, fornece-nos os elementos essenciais da evolução do constitucionalismo, com destaque em temas como: significado da Constituição, formação da Constituição, variações da Constituição, proteção da Constituição, modelos e ciclos constitucionais¹¹.

⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

¹⁰ NOGUEIRA DA SILVA. Atualidade do Constitucionalismo, *In* Constitucionalismo e Estado, Rio de Janeiro, 2006, p. 79.

¹¹ BARACHO, *ob. cit.*, p. 06.

Apesar do tema constar na pauta de discussões doutrinárias, se recente Dippel da falta de um tratamento mais adequado ao assunto, particularmente no que diz respeito à sua historicidade. No desenvolvimento de um pequeno esboço histórico sobre as ideias centrais do constitucionalismo, Dippel relaciona os princípios inerentes ao constitucionalismo moderno, os quais especifica: os direitos humanos, a separação de poderes, o governo representativo, a limitação do poder governamental, a responsabilidade política e a independência do Judiciário¹².

Assegura Dippel que os princípios do constitucionalismo moderno, acima referidos, tiveram origem na pergunta de como a liberdade individual poderia ser assegurada, de forma permanente, contra as intervenções do governo, considerando as fraquezas próprias da natureza humana¹³.

Do ponto de vista histórico, o primeiro documento escrito a conter os princípios do constitucionalismo moderno foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, a qual representa a marco final da Revolução Americana¹⁴.

A Declaração de Direitos da Virgínia é assim compreendida por congregar os fundamentos do regime democrático ao contemplar em seu texto a igualdade perante a lei, a liberdade, o princípio da soberania popular e reconhecer direitos inatos à condição de pessoa humana. Além desses, é possível identificar, ainda, a edificação da constituição em princípios fundamentais, um governo limitado, a consideração da constituição como uma lei suprema, um governo representativo, a separação dos poderes, a exigência de responsabilidade política e de um governo responsável, a independência do Judiciário e um procedimento de reforma da constituição¹⁵.

¹² DIPPPEL, Horst. *Constitucionalismo Moderno. Introducción a una Historia que Necesita ser escrita. Historia Constitucional (revista electrónica)*, n.6, 2005, p. 182. Disponível em <http://hc.rediris.es/06/index.html> (acesso em 23 de Ago de 2012).

¹³ *Idem. Ibidem*, p. 183.

¹⁴ Cabe aqui considerar a precisa observação de Dippel ao destacar que a Declaração de Direitos da Virgínia não fora o primeiro documento de natureza constitucional da Revolução Americana. Antes fora precedida pela Constituição de *New Hampshire* e pela Constituição da Carolina do Sul, ambas do mesmo ano de 1776. No entanto, estes dois documentos, são mais parecidos com o *Bill of Rights* inglês. Ao contrário, a Declaração de Direitos da Virgínia apresentou um conteúdo novo, nas palavras do autor "(...)A pesar de que hay una referencia casual al derecho natural en la Constitución de New Hampshire, y de que el documento de Carolina del Sur por primera vez se autodenominó "constitución", ninguna de ellas apeló a la soberanía del pueblo, principios universales, derechos humanos inherentes, o a una constitución escrita como "la base y fundamento de gobierno". Como las primeras constituciones escritas, fueron nuevas en su forma, pero su contenido no había todavía abandonado sus connotaciones tradicionales". *Idem. Ibidem*, p. 186.

¹⁵ *Idem. Ibidem*, p. 184

Por influência das ideias americanas de liberdade, mas sob os influxos de outro contexto político, vamos encontrar no continente europeu, a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789, marco que veio a consolidar no Ocidente os mesmos fundamentos básicos que treze anos antes embasaram a Declaração de Direitos da Virgínia.

Cabe registrar que o diploma francês não apresentou a mesma abrangência que a Declaração americana, negando referência à independência do Judiciário, à responsabilidade governamental, ao governo limitado, e à constituição como lei suprema. No entanto, este diploma é detentor de relevância história e política, pois, como adverte Dippel, foi esta a primeira vez que a constituição passou à condição de axioma na teoria constitucional, sendo um de seus legados mais importantes a dicção do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁶: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Deste dispositivo salta evidente a salvaguarda da ideologia constitucionalista moderna, na medida em que se pode concluir que a existência de um diploma escrito, formalmente elaborado, de natureza constitucional, ofereceria a uma nação a condição de realização dos asseios sociais como consectário natural da limitação ao poder instituído trazido pelo próprio texto constitucional, uma vez que representativo da concordância de um povo, portanto, legitimado democraticamente para assim dispor.

Este enfrentamento histórico não se prende unicamente ao passado, García Roca aponta que

O problema do Direito Constitucional é sempre o mesmo, século após século, (...): limitar ao Príncipe, controlar o poder, para permitir a liberdade política dos cidadãos. Ou, em outras palavras, salvaguardar o Estado de Direito para que, dentro de seus limites, atuem a soberania popular e o princípio democrático¹⁷.

¹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 190.

¹⁷ ROCA, García *apud* VICIANO, Roberto e MARTÍNEZ, Rubén. *Aspectos generales de nuevo constitucionalismo latinoamericano, in El nuevo constitucionalismo em América Latina. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición*. Disponível em: pt.scribd.com/doc (acesso em 17 de julho de 2012). Tradução livre.

Percebe-se, então, uma certa permanência das preocupações garantistas constitucionais com a continuidade do projeto traçado pelo constitucionalismo moderno. No entanto, a distância temporal que nos separa das origens do constitucionalismo, dito no sentido estrito, é revelador das alterações que ocorreram nas sociedades e as conseqüentes implicações destas alterações na Teoria constitucional, inclusive afetando alguns conceitos já há muito presentes na realidade dos Estados, como a soberania, os direitos fundamentais, a separação dos poderes e o próprio conceito de constituição.

Diante deste cenário, a concepção moderna de constitucionalismo também passou por modificações de modo a atualizá-la e prepará-la para enfrentar os novos desafios postos à Teoria Constitucional.

1.1.1. A nova perspectiva constitucionalista: o neoconstitucionalismo

A influência de constituições vanguardistas do primeiro quartel do século XX, de modo especial, a ingerência trazida pela Constituição do México e de Weimar, provocou uma mudança de orientação das constituições de diversos Estados. De modo particular, a Constituição brasileira de 1934 foi diretamente influenciada pela constitucionalização¹⁸ de direitos sociais, o que era desconhecido pela Constituições precedentes e que, mais tarde se incorporará à Constituição de 1988¹⁹.

Esta nova fase do constitucionalismo, contudo, pode ser identificada como maior vigor a partir da década de 70 do século passado, e vem sendo referida comumente como neoconstitucionalismo.

¹⁸ Neves desenvolve a compreensão de que a constitucionalização traz em si a ideia de que nem todo ordenamento jurídico-político organizado desenvolveu um sistema constitucional satisfatório. Isto quer dizer que a constituição, no sentido moderno, não representa, necessariamente uma declaração de valores políticos-jurídicos preexistentes, o que implica a consideração de que o conceito moderno de constituição é indicativo da diferenciação entre direito e política, enquanto subsistemas da sociedade. Com supedâneo em Luhmann, afirma que a constituição é definida como o acoplamento estrutural entre o direito e a política. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. pp. 64 s.

¹⁹ Com fundamento em Engels, Bonavides reconhece a natureza social da Constituição pátria, mas adverte para as ações perpetradas por grupos da elite política na tentativa de destruir o Estado social brasileiro. BONAVIDES, *ob. cit.* pp. 370-371.

A característica marcante do neoconstitucionalismo encontra-se na grande quantidade de normas materiais que condicionam a atuação estatal, não se limitando ao estabelecimento de competências e à determinação da separação dos Poderes. Revela-se, de forma mais intensa, uma preocupação em recolocar a constituição em posição de centralidade no ordenamento. Segundo Santos a expressão “neoconstitucionalismo” dá “nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva”²⁰.

A Constituição brasileira de 1988, resultado de um processo de redemocratização, é produto desta idealização.

A “recentralização” da constituição, por outro lado, tem reduzido o espaço ocupado pela legislação infraconstitucional, isto é, tem-se apresentado como fator gerador de desprestígio da legislação infraconstitucional na medida em que os textos produzidos sob esta ideologia procuram abarcar toda sorte de assuntos na tentativa, talvez, da promoção futura destes, estabelecendo um certo totalitarismo constitucional²¹. Bulos leciona que os textos constitucionais oriundos deste período representam um compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo estatal, o que implica em uma extensão maior das constituições e, deste modo, propiciar maior proteção aos indivíduos²². Por isso, o extenso conteúdo social das constituições, preme de princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais.

E não é só isso, a expansão do conteúdo do texto constitucional trouxe a consideração de vários temas, muitos dos quais sem relevância constitucional. Este é o caso da Carta Constitucional pátria de 1988, a qual é, por esta característica, apontada com uma Constituição analítica.

O modelo de constituição adotado estabelecerá o grau de vinculação do legislador ordinário. Assim, as constituições analíticas apresentam um maior grau de vinculação do legislador ordinário do que as constituições de texto mais enxuto,

²⁰ SANTOS, Gustavo Ferreira (coord.). Neoconstitucionalismo e Democracia, *in* Constituição e Constitucionalismo, Curitiba: Juruá, 2010, p. 217.

²¹ Isto justifica o fato de que alguns dispositivos apresentam um conteúdo apenas formalmente constitucional. Também é possível conjecturar acerca da desconfiança na lei que se presume constitucional, mas que pode ser objeto de uma ação capaz de reconhecer a sua constitucionalidade como é possível fazê-lo através da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

²² BULOS, *ob. cit.*, p. 22.

denominadas sintéticas, ou seja, quanto mais extenso for o texto constitucional, maior a constitucionalização de direitos e maior será o detalhamento de suas disposições e isto causaria, por via de consequência, uma restrição ao “âmbito de liberdade do legislador”²³, uma vez que se põe tais matérias em um nível hierárquico superior àquele ocupado pela legislação ordinária.

Outra consideração que deve ser feita em relação ao modelo de constituição, diz respeito ao fato de que as constituições analíticas, na proporção inversa de afetação da liberdade de atribuição do Legislativo, oferecem maior possibilidade de atuação das Cortes constitucionais ocasionada pela ampliação do espaço ocupado por questões de índole constitucional, levando, por conseguinte, à expansão de suas atribuições com maior destaque para a natureza política de suas decisões.

Refletindo sobre o tema, Cambi apresenta como característica do neoconstitucionalismo a “onipresença da constituição”, doutrinando que

(...) Por detrás de uma regra legal, há uma norma constitucional que a afirme ou a contradiga isto porque as Constituições contemporâneas contêm denso *conteúdo material*, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos e aos entes particulares. Sendo difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma resposta no texto constitucional e, em certas situações, até diferentes orientações (como por exemplo, a proteção da propriedade individual e a da função da propriedade)²⁴.

Essa expansão de conteúdo, em verdade, tem propiciado efeito diverso daquele pretendido pela ideologia neoconstitucionalista, uma vez que vem apresentando dificuldade à implementação concreta dos desígnios constitucionais, muitas vezes dependentes de complementação legislativa para seu implemento, o que nem sempre tem sido verificado a contento. Deste modo, a consagração de direitos em um diploma constitucional, tornando-o mais extenso, tem ocasionado certo descrédito à própria constituição²⁵.

Mais fortemente acentuado nas constituições de países periféricos, pode-se falar em uma “hipocrisia ético-constitucional” indicativa de uma diferenciação entre os

²³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 59.

²⁵ É por tal motivo que Bulos opta pelas constituições sintéticas, posto que capazes de manter o sentimento constitucional e de assim ter melhores condições de realização. BULOS, *ob. cit.*, pp. 52 s.

valores oficialmente reconhecidos e os valores predominantes na sociedade. Leciona Coimbra que esta hipocrisia

(...) transforma a Constituição, naquilo que lhe mais fundamental, o seu núcleo material, em uma mera Constituição nominal ou de fachada. A consciência coletiva acaba por se orientar pelos valores egoísticos dos mais fortes (aqueles que concentram o poder político e/ou econômico), em benefício de poucos, em absoluto desprezo pela miralide democrática e por uma organização justa da cidade (...)²⁶.

Segundo Viciano e Martínez a expansão do texto constitucional na direção da assimilação de direitos faz com que o neoconstitucionalismo surja como uma “teoria de direitos” e não com uma “teoria da constituição”. O seu fundamento, conforme orienta os autores, “(...) é a análise da dimensão positiva da Constituição, para a qual não é necessária a análise da legitimidade democrática e da fórmula através da qual a vontade constituinte se transforma na vontade constituída”²⁷.

Fica na berlinda a condição de efetividade da constituição, incrementando a crise constitucional e afetando a sua legitimidade.

Volta-se à ideia ligada ao conceito unilateral de constituição, onde o texto constitucional por si só seria capaz de implementar mudanças sociais. Desconsidera-se, assim, as condições materiais de produção do direito, o que promove, por conseguinte, dificuldades de implementação dos direitos assegurados nas normas constitucionais.

A dificuldade em se conceituar a constituição, como se verá abaixo, não se reporta apenas às diversas vivências da realidade, mas à própria limitação dos conceitos, cujos conteúdos não mais eram capazes de conter as transformações sociais e ingerências estatais. Assim, é que no neoconstitucionalismo a realidade subjacente exige, mais que nunca, a colocação da constituição como parte integrante de um sistema – o sistema constitucional e, enquanto parte de um sistema, não pode desconhecer outros elementos integrantes deste. A respeito, Bonavides enfrenta a questão de modo singular no seguinte trecho:

(...) o sistema constitucional, quer dizer, aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas, em virtude

²⁶ COIMBRA, Marcelo de Aguiar. O Déficit Material da Democracia Contemporânea: Levando os Valores Constitucionais a Sério, *In* Constitucionalismo e Democracia, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 217-218.

²⁷ VICIANO, Roberto e MARTÍNEZ, Rubén. *Ob. cit.*, p. 17.

de visualizar nas constituições apenas o seu aspecto formal, o seu lado meramente normativo, a juridicidade pura.

Essa inserção da Constituição formal num sistema material e orgânico não só busca evitar o grave inconveniente de um normativismo extremo e abstrato, esvaziado de conteúdo material, a que de certo conduziria a posição kelseniana – constitucionalismo jurídico impotente perante a Constituição real – como, por outra parte, serve ainda de poderoso anteparo contra aqueles que, presos ao sociologismo de realidades inarredáveis e fatais, exprimem negação e ceticismo em face da eficácia normativa das Constituições. Nesta, a privação de juridicidade importa sempre subalternização e desprestígio, com graves danos para a proteção das liberdades humanas.

Imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos, componentes de uma realidade viva e dinâmica, Constituição formal não é algo separado da Sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente a espontaneidade do sentimento social, mas também a força presente à consciência de uma época, inspirando a organização política fundamental, regulada por aquele instrumento jurídico. Ordem racional, essa constituição atua eficazmente, normativamente sobre aquela realidade de que é parte, atendidos alguns pressupostos, a que se refere, por exemplo, o constitucionalista Konrad Hesse²⁸.

Essa idealização parece, em certo sentido, também estar em consonância com o pensamento de Viciano e Martínez²⁹ que, embora sem fazer menção à ideia de sistema de forma expressa, destacam o esvaziamento do conceito de constituição no continente europeu, o que gerou a pouca influência desta no contexto histórico e social, e, por outro lado, o aparecimento da América latina, no início da década de 90 do século passado, de um novo constitucionalismo, a que chamam de “novo constitucionalismo latinoamericano”, na perspectiva em que tem assumido uma aplicação rigorosa da teoria democrática.

Dessa forma, nas palavras dos autores

(...) supera-se o conceito de Constituição como limitador do poder (constituído) e se avança na definição da Constituição como fórmula democrática onde o poder constituinte – a soberania popular – expressa sua vontade sobre a configuração e limitação do Estado, mas também da própria sociedade³⁰.

²⁸ BONAVIDES, *ob. cit.*, pp 97 s.

²⁹ As anotações dos autores, cabe destacar, são produzidas dentro de um contexto inovador dos processos políticos ocorridos recentemente da Venezuela, Bolívia e Equador. Os autores entendem que o neoconstitucionalismo difere do “novo constitucionalismo latinoamericano” por eles, assim, denominado. Este novo constitucionalismo seria marcado pela busca do reconhecimento da legitimidade da constituição, que é sempre extrajurídica, calcada na soberania popular.

³⁰ VICIANO e MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 16. (trad. livre)

Apesar das mudanças pelas quais passou a teoria do constitucionalismo, qualquer concepção que se apresente, quer seja o neoconstitucionalismo ou o dito novo constitucionalismo, a nota principal que não se perde é a segurança oferecida através do apelo democrático a que se refere Carbonell, fala-se, então, numa democracia total e plena. É adequada ao momento a consideração de Carbonell no sentido de que o constitucionalismo tem sempre que ter uma “trincheira, uma defesa contra as tentações autoritárias”³¹.

1.2. A ideia de constituição e sua dificuldade conceitual

A expressão encontra origem no verbo latino *constituere*, o qual traduz a ideia de “constituir, estabelecer, firmar, formar, organizar, delimitar”³². Esta origem já determina a polissemia do vocábulo, o qual variará conforme o objeto a ser considerado, afinal tudo que pode ser imaginado pode ter uma constituição³³.

Esta variação de conteúdo em face do objeto não permite a obtenção de algum sentido específico, carecendo de limitação em relação ao objeto. Como uma das manifestações de sentido e que desperta interesse ao presente estudo, podemos determinar que, ao lado de sua significação etimológica, possui a expressão um conteúdo político, referente à constituição de uma certa organização político-social, ou nas palavras de Schmitt à “unidade política de um povo”³⁴.

Desta forma, considerando o conteúdo original do termo, o conceito de constituição, no sentido político, contém em si, ordinariamente, a ideia de que toda forma de organização política é possuidora de uma formação própria, já que em essência a expressão liga-se aos elementos que integram e conformam algo³⁵. Nesta ótica, não seria possível a identificação de uma forma de organização política existente ao longo da história que não fosse conformada por esta ideia de constituição. Trata-se

³¹ CARBONELL, Miguel. *Los Retos del Constitucionalismo*, in *El nuevo constitucionalismo em América Latina. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición*. Disponível em: pt.scribd.com/doc (acesso em 17 de julho de 2012). Tradução livre.

³² TAMOYO y SALMORÁN *apud* BARACHO, *ob. cit.*, p. 08.

³³ Schmitt, Carl. *Teoría de La Constitución*, Madrid: Alianza, 2011, p. 35.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 35.

³⁵ No que diz respeito à esta ideia, a concepção material de constituição, como se verá, contribui para a manutenção deste entendimento.

do conceito histórico-universal de constituição³⁶. Sob esta perspectiva, a afirmação de que um determinado Estado não possui caráter constitucional, não pode ser compreendida como referente à ausência de elementos estruturantes da sua ordem política, mas está ligada ao aspecto axiológico ou moral de fundamentação deste Estado³⁷, o que remete, em verdade, a um conceito moderno de constituição a ser apresentado com o desenvolvimento dos ideais políticos.

A Busca de uma conceituação de constituição deverá levar em consideração, então, a polissemia do vocábulo, ainda que se limite à sua significação política. Fala-se aqui de uma expressão que não encontra significado vocabular único³⁸, no entanto, é possível identificar idéias centrais que podem direcionar o intelecto no sentido da formação de um conceito capaz de se adequar a um ou outro contexto específico.

Assim é que, na Grécia Antiga, Aristóteles empregava o vocábulo em um sentido bastante amplo, ligado à ideia de organização da pólis, ou seja, o conceito de constituição (*politeia*) se equiparava com a própria organização política³⁹⁻⁴⁰. Segundo Neves⁴¹ este conceito permaneceu extremamente relevante até o advento da sociedade moderna, quando surgem outros novos conceitos ligados à ideia de “carta de liberdade” ou “pacto de poder”⁴². Com o Constitucionalismo moderno (século XVIII d.C), por influência de ideais revolucionários, a expressão passa a abranger tanto o

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1993, p. 80.

³⁷ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 55.

³⁸ Neves registra a longevidade da discussão sobre o conceito de constituição, cuja origem vai ser encontrada em Aristóteles. NEVES. *Ob. cit.*, p. 56

³⁹ *Idem. Ibidem*, p. 56.

⁴⁰ Tamayo y Salmorán adverte que não existia um conceito único para a palavra constituição na Grécia Antiga, registrando, em seguida, sete acepções. TAMAYO Y SALMORÁN *apud* DANTAS, Ivo. Instituições do Direito Constitucional Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2001, p. 119. Ver também BARACHO, *ob. cit.*, pp. 07-08.

⁴¹ NEVES, *ob. cit.*, p. 56-57.

⁴² Segundo Tavares esta concepção começa a ser apresentada na história constitucional já no século XIII com a *Magna Charta Libertatum*(1215), imposta ao Rei João Sem Terra. A partir desta referência histórica passou a expressão “constituição” a indicar o “documento máximo de um país”. Tavares, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86. AGRA, por seu turno, assevera que este importante documento histórico – a *Magna Charta Libertatum* - juntamente com os pactos medievais, não podem ser considerados como constituições, pois o autor atrela a existência de uma constituição ao advento do Estado de Direito. Muito embora não desprezasse que a o vocábulo constituição, no seu sentido de ordenamento político do Estado, tem existência desde a Antiguidade clássica. AGRA, Walber de Moura. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23 s.

sentido normativo quanto à função de constituição de poder⁴³ e se dirigia a seus titulares⁴⁴.

Sobre este momento, De Giorgi acrescenta que

(...) Mais do que transformação semântica, foi produzida no final do século XVIII, a convergência entre duas tradições de significado que o termo “constituição” contemplava. A primeira tradição relaciona-o à estrutura, à íntima conexão que mantinha unidos e tornava único os corpos físico, social e político, de modo a conservar um todo orgânico (...) Existia, no entanto, outra tradição que remontava ao direito romano e associava o conceito de constituição aos textos escritos de direito positivo. Estes dois diferentes percursos semânticos encontram-se. Confluíram para um território que parecia predisposto a acolhê-los pelo simples fato de que, neles, produziu-se a convergência e, por conseguinte, a copresença de exigências e disponibilidades diferentes: (i) exigência de controle da vontade expressa do Parlamento, ao menos na forma do aumento das garantias destinadas à proteção da autonomia da ação dos indivíduos; (ii) exigência de obtenção de reconhecimento jurídico pela comunidade política organizada; (iii) disponibilidade de uma grande tradição semântica que descrevia a sociedade a partir de um instituto jurídico, o contrato⁴⁵.

Prélot⁴⁶ atribui a Sieyès a formulação do conceito moderno de constituição, na medida em que este desloca o fundamento de justificação do poder antes imputado à divindade e, com ele, calcados na soberania da nação.

Conforme lição de Neves⁴⁷, os conceitos formulados para “constituição” permanecem variados e esta variedade ganha força com o surgimento do Estado Liberal. O autor aponta para a possibilidade de enquadramento taxonômico desses conceitos em quatro grupos, quais sejam: o sociológico, o jurídico-normativo, o ideal e o cultural-dialético.

A definição proposta por F. Lassalle seria detentora de um caráter sociológico. Ao definir a verdadeira essência de uma constituição procurou Lassalle se afastar dos supostos conceitos oferecidos em sua época, pois, conforme o mesmo, limitavam-se a “descrever exteriormente como se formam as Constituições e o que fazem, mas não

⁴³ NEVES, ob. cit. p. 57.

⁴⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

⁴⁵ De Giorgi, Raffaele. Os Desafios do Juiz Constitucional, *In* Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo: Estudos em homenagem a José Eduardo Faria. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

⁴⁶ PRÉLOT *apud* AGRA, ob. cit., p. 25.

⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 58.

explicam o que é uma Constituição”⁴⁸. Entendia que tais conceitos ensinam como identificar uma constituição, mas não dizem sobre a essência desta. A partir de um processo comparativo, Lassalle, então, identifica a constituição com os “fatores reais de poder” regentes numa determinada sociedade.

Lassalle define os fatores reais de poder como a “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser como elas são”⁴⁹. Nesta concepção, a constituição de um Estado seria definida pelas forças políticas e econômicas atuantes no Estado e definidoras das regras e princípios imperantes.

Esta definição passou a ser denominada “histórico-universal”, pois considerava que todo Estado possuiria uma constituição. Registra Neves que o conceito apresentado por Lassalle não se limita ao aspecto sociológico, mas contém uma dimensão socioeconômica ou sociopolítica, uma vez que considera as normas constitucionais como reflexo da constituição real⁵⁰. Assim, desconhece a autonomia relativa que possui o ordenamento constitucional e sua capacidade de condicionar o processo real de poder⁵¹.

Como representante da categoria dos conceitos jurídico-normativos apresenta-se o conceito formulado por Kelsen. Para o autor da Teoria Pura do Direito a constituição encerraria duas perspectivas: a material e a formal. No sentido material seria “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”⁵². Kelsen enfrenta a conceituação da constituição no sentido formal como o documento escrito que

(...) não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que a lei simples, mas somente através e processo especial submetido a requisitos mais severos⁵³.

⁴⁸ LASSALLE, Ferdinand. O Que é uma Constituição, Campinas: Servanda Editora, 2010, p. 10.

⁴⁹ *Idem, Ibidem.*, p. 14.

⁵⁰ NEVES, *ob. cit.*, p. 58

⁵¹ *Idem, Ibidem.p.*, 59.

⁵² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

⁵³ *Idem. Ibidem*, p. 247-249.

Aponta este conceito para a relevância que apresenta uma constituição a exigir maior severidade para sua alteração através de um “processo especial”. Contudo, Neves oferece críticas ao conceito kelseniano, pois, segundo ele, “desconhece-se a realidade das expectativas normativas constitucionais como elementos estruturais da Constituição jurídica”⁵⁴, o que implica numa inadequação com a ideia de força normativa da constituição.

Originada dos ideais revolucionários burgueses, a concepção dita “ideal”, por sua vez, relaciona-se ao reconhecimento do Estado Constitucional fruto do Constitucionalismo moderno. Neste, o problema da constituição limita-se a uma dimensão axiológica. Deste modo, seria verdadeira a constituição escrita que correspondesse a um específico modelo de valores, que garantissem a liberdade e a separação de poderes⁵⁵.

Esta concepção encontra guarida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo diploma contempla, no seu artigo 16, já referido, essa ideologia político-liberal. Destacava-se pela compreensão da constituição como um documento político capaz de influir como instrumento modificador da realidade.

Esta ideia de constituição surge como “arma ideológica” contra o Absolutismo, na expressão empregada por Ferreira Filho. Era uma tentativa de substituir o Antigo Regime por um governo moderado sob o império das liberdades públicas⁵⁶.

A quarta concepção seria representada pelos conceitos de Heller e Smend. Apesar de diferenças pontuais nos conceitos desses dois autores, em síntese, esta concepção é definida por Neves como o resultado da “relação recíproca entre dever-ser constitucional (‘ideal’) e ser constitucional (‘real’)”⁵⁷. Nesse sentido também é a compreensão de De Giorgi⁵⁸.

Sem embargo da polissemia apresentada e relacionada ao conceito, é natural a percepção de que ao falarmos em constituição, implicitamente, vamos mencionar a forma como o Estado está estruturado, seja nas concepções que estabelecem uma relação unilateral da norma constitucional para a sociedade ou desta para aquela,

⁵⁴ NEVES, *ob. Cit.*, p. 60.

⁵⁵ *Idem. Ibidem.*, p. 61.

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 7.

⁵⁷ *Idem, Ibidem.*, p. 62.

⁵⁸ DE DIORGI, *ob. cit.*, p. 109

representadas pelos três primeiros conceitos; seja nas concepções que estabelecem uma relação bilateral, ou seja, onde há um interrelacionamento entre a sociedade e a norma, representada pelo último. Ao tratar da constituição de uma organização política, em qualquer época, faz-se menção à organização do poder (ou dos poderes) e à forma como esse poder estabelece relações com os súditos, sem, contudo, necessariamente limitá-lo. Com a Modernidade o vocábulo passa a significar o diploma normativo fundamental limitador do poder e que estrutura o Estado, ou seja, estabelece a sua organização; composição dos órgãos, suas atribuições e a relação com outros órgãos; a forma de aquisição do poder e o seu exercício; os direitos e garantias fundamentais; pode estabelecer até a forma como o próprio diploma será alterado, através de um procedimento formalmente especificado.

Em verdade, mesmo que centrado em um dado objeto – o Estado –, não vamos encontrar tranquilidade nos conceitos doutrinários de constituição. Isto parece indicar que a polissemia originária do vocábulo contamina o conhecimento humano acerca do tema, produzindo, na doutrina, uma variada gama de conceitos. Daí a observação de BULOS no sentido de ser tal conceito um conceito em crise⁵⁹.

A este respeito, Neves menciona um conceito constituição como “uma das metáforas da semântica social contemporânea”⁶⁰. Contudo observa:

A Constituição não pode, portanto, ser caracterizada como uma *mera* metáfora, desvinculada de certas implicações estruturais. Neste contexto, denomino “*mera metáfora*” aquela carente de função ou valor descritivo em virtude da possibilidade de seu deslocamento serem ilimitadas, arbitrárias ou aleatórias. Também poderia ser denominada “*metáfora arbitrária*” (...) Isso significa que não se pode recorrer, indiscriminadamente, ao conceito de Constituição em contextos sociais os mais diversos, convertendo-o em um componente de “jogos de linguagem estranhos” à respectiva “forma de vida” no sentido wittgensteiniano, ou seja, sem suporte estrutural⁶¹.

As dificuldades apontadas podem ser identificadas também nos sentidos abordados por Dantas. Com supedâneo nas lições de K. Hesse, Dantas aponta dois sentidos referidos para o estudo da constituição: “a) como objeto teórico aplicável a todas as épocas e lugares; b) como manifestação histórica de uma determinada

⁵⁹ BULOS, *ob. cit.*, p. 27.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, São Paulo: Martins Fontes, p. 2

⁶¹ *Idem., Ibidem.*, p. 3

sociedade ou grupo delas”. No primeiro caso, o estudo da constituição seria objeto da Teoria da Constituição; no segundo, do Direito Constitucional Positivo⁶².

Schmitt identifica, primeiramente, um conceito absoluto de constituição ligada à “concreta maneira de ser de qualquer unidade política existente”⁶³; um conceito relativo de constituição ligado à ideia de “lei constitucional em particular”⁶⁴. Em um segundo momento, o autor identifica um conceito positivo de constituição, surgido a partir de um ato de poder constituinte. A constituição em sentido positivo contém a “determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política”⁶⁵. Ainda, o autor faz referência a um conceito ideal de constituição atrelado à correspondente demandas originadas da ideologia burguesa⁶⁶.

Esta dificuldade de uniformidade conceitual não impedem, porém, a doutrina de buscar identificar o conteúdo da constituição dada a sua significância. Na doutrina pátria, Ferreira Filho aborda o assunto sob duas óticas, não mutuamente excludentes, mas complementares – a constituição total ou integral e o seu conceito propriamente jurídico -. O autor define a constituição total como a “(...) organização fundamental total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica (...)”⁶⁷.

No sentido jurídico, Ferreira Filho busca na definição proposta por Kelsen a identificação com a organização jurídica fundamental. Destarte, nesse sentido se diz que a Constituição é o

*“(...) conjunto de normas positivas que regem a produção do Direito. Isto significa mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”*⁶⁸.

Na concepção proposta por Silva a constituição de um Estado seria

(...) a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem

⁶² DANTAS, *ob. cit.* p., 119.

⁶³ SCHMITT, *ob. cit.*, p. 36.

⁶⁴ *Idem, Ibidem*, p. 45.

⁶⁵ *Idem, Ibidem*, p. 58.

⁶⁶ *Idem, Ibidem*, p. 77.

⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2005, p., 11.

⁶⁸ *Idem, Ibidem*. P., 11.

e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado⁶⁹.

Cristina Queiroz, com supedâneo em Hesse, define a constituição como a “*ordem jurídica fundamental da comunidade, ordenadora da vida social e política*”⁷⁰.

Ainda dentro da discussão do conceito de constituição, passaremos a tratar de dois aspectos que envolvem o conceito: os sentidos material e formal da constituição.

1.2.1. Os sentidos formal e material de constituição

Apesar dessas diferenças conceituais, não é dificultosa a percepção do que foi apontado no início do tópico, no sentido de que a constituição, como diploma fundamental, tem em si uma carga básica estruturante. Há que se considerar, porém, que tais conceituações não afastam a possibilidade de uma determinada constituição conter dispositivos que não são propriamente estruturantes⁷¹. É típico exemplo disto a constituição pátria, a qual mantém em seu corpo disposições não essenciais à composição e organização do Estado brasileiro, a exemplo do artigo 216, § 5º (Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos) e do artigo 242, § 2º (O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal).

A multiplicação de textos com estas características permitiu à doutrina classificar as normas de uma constituição, e a constituição em si, em função do seu grau de pertinência com a organização do Estado, o exercício do poder e os direitos e garantias fundamentais, ou seja, quanto ao seu conteúdo ou substância. Assim, tem-se as denominadas normas materialmente constitucionais, que se referem a um sentido substancial de constituição e normas apenas formalmente constitucionais, as quais configuram a chamada constituição formal.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 42.

⁷⁰ QUEIROZ, Cristina. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra, 2009, p. 118.

⁷¹ Corroborar com esta afirmação a doutrina kelseniana.

O primeiro grupo é composto por regras inerentes à ideia própria de constituição e que desenham as linhas do Estado⁷², oferecendo bases para a sua construção organizacional; no segundo, encontramos as normas que poderiam estar em um corpo normativo de menor envergadura, mas que por capricho, desatenção ou mera opção do constituinte originário ou derivado, findou por integrar o texto constitucional⁷³. Estas normas não oferecem mecanismos operativos essenciais ao funcionamento de um Estado, são, portanto, normas de implicação acessória e que poderiam estar representadas em diplomas infraconstitucionais.

Embora não seja uníssona a doutrina ao fazer referência ao conjunto de normas que integram um e outro grupo, é possível identificar um núcleo de normas ligado ao conceito de constituição material em torno do qual se pode encontrar certa

⁷² Interessante notar que a Constituição do Império (1824), no artigo 178 dispunha “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e dos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias”. O disposto neste artigo condiciona a doutrina a classificar a Carta Imperial como uma constituição semiflexível ou semirígida, uma vez que uma parte dela pode ser alterada por meio de processo ordinário de reforma e a outra, materialmente constitucional, só por meio de um processo especial solenemente estabelecido. No entanto, a despeito da exigência de um processo especial, cabe a observação de Octaviano Nogueira no sentido de que a referida Carta constitucional é de uma “plasticidade” e “adaptabilidade” incomuns na história constitucional brasileira. Exemplifica o autor mencionando que até a monarquia, enquanto forma de governo, poderia ser objeto de reforma. Isto porque não existiam limitações estabelecidas para o poder constituinte derivado e, embora as emendas seguissem o mesmo rito das leis ordinárias, dependendo de sanção do Imperador, se por duas legislaturas seguintes fosse aprovada a alteração, a sanção imperial seria tida como concedida, era o que rezava o artigo 65 da Carta constitucional. NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições brasileiras – Vol. I*, Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 16 s. Nesse sentido é a orientação de Tavares que, prudentemente, observa que a Carta Imperial de 1824 deva ser classificada como portadora de uma falsa super-rígidez, no que respeita à possibilidade de alteração, devido ao disposto no seu artigo 174, o qual determina um período de quatro anos contados do juramento da Constituição para a propositura de medidas reformadoras. TAVARES, *Ob. cit.*, p. 96.

⁷³ Tavares ainda diferencia a constituição substancial da constituição material. Nessa perspectiva, no sentido substancial, a constituição é o “conjunto de normas organizacionais de determinada sociedade política”, estejam ou não compondo um texto de uma constituição. Sob essa ótica, a Constituição brasileira apresenta normas substancialmente constitucionais e outras que, embora não constem do texto constitucional, a exemplo de leis eleitorais, referentes ao exercício do poder, e algumas normas que dizem respeito ao processo legislativo, disciplinadoras de uma das funções essenciais da República. Contudo, adverte o autor que a concepção adotada no Brasil não permite tal equivocidade, posto que “(...) Não há lei aprovada no formato da lei comum que possa ser, validamente, considerada como se norma constitucional (parte da Constituição) fosse”.

No que concerne às constituições materiais estas são concebidas como “o conjunto juridicizado de forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas que configuram determinada sociedade”. Expressão deste conceito é o formulado por Lassalle como manifestação dos “fatores reais de poder”. Neste sentido o autor também aborda o conceito de Zabrebesky como uma segunda concepção material, onde a constituição é identificada não pelo seu conteúdo, mas “pela organização que a promove”. TAVARES. *Ob. cit.*, p. 89 s.

estabilidade de opinião, pois são aquelas que, indubitavelmente, apresentam relevância para a composição do Estado.

Diante deste esquema relativo às normas materialmente constitucionais, torna-se forçoso o reconhecimento da existência de uma constituição em qualquer forma de organização política ao longo da história, como já afirmado. Contudo, apenas mais recentemente, vamos encontrar o pensamento de que a constituição, além de estabelecer desígnios primordiais para o destino de um povo, também passou a ser concebida como instrumento de controle e limitação do poder que emana do aparelhamento político organizado.

Para nós a distinção oferecida não apresenta relevo prático, uma vez que o entendimento assente na doutrina e jurisprudências brasileiras é no sentido de que estando a norma no texto da constituição a ela se atribui as características próprias da suprallegalidade.

1.2.2. Novas perspectivas globalizantes em torno da ideia de constituição

Embora brevemente, nesse escorço do desenvolvimento do conceito de constituição não poderia se deixar de considerar a influência implementada pelo fenômeno globalizante da unificação de vários Estados na intenção de formação de blocos econômicos.

Desponta, neste aspecto, de forma relevantemente particular, a União Europeia, dado o seu grau de desenvolvimento face aos demais blocos econômicos. É claro que este não seria a sede oportuna para o tratamento exauriente da matéria, é, contudo, salutar o registro de que tais aglomerações econômicas têm trazido ainda mais conturbação ao conceito já tormentoso de constituição, na medida em que é realidade presente a existência de uma constituição concebida para um bloco econômico⁷⁴, uma constituição comunitária, fruto de um processo de integração econômica. Dentro desta ideia, faz-se referência à Constituição da União Européia⁷⁵.

⁷⁴ Consoante Frankenberg a questão da conveniência do estabelecimento de uma Constituição para a União Européia teve início na década de 90 do século passado. FRANKENBERG, Günther. A Gramática da Constituição e do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 73.

⁷⁵ O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa foi publicado em 18 de julho de 2003.

Essa nova feição que se apresenta traz à colação a obediência ao postulado de que o direito plurilateral deve primar sobre o direito unilateral, de modo que os tratados não devem ser descumpridos pelos Estados pactuantes, membros da comunidade. Chama a atenção Borges para a consideração de que “(...) esse primado não envolve a competência para revogar preceito unilateral do Estado-membro em contrário ao direito das comunidades. Expressa-se por uma preferência de aplicabilidade”⁷⁶.

O fenômeno da globalização, na medida em que procura solucionar problemas comuns que implicam em um enfrentamento de certos dilemas que se relacionam a determinadas matérias de forma conjunta, tais como questões que envolvam direitos humanos, meio ambiente, consumo e desenvolvimento, levando à formação de instituições internacionais, enquanto entidades capacitadas à produção normativa com ingerências na legislação interna. Assim é que Cambi no desenvolvimento da matéria salienta que

(...) Questões como a utilização da energia nuclear e o combate a grandes epidemias (v.g. gripe do frango, AIDS, gripe suína etc.) obrigam a pensar o direito em uma *macroesfera*, exigindo normas intersubjetivamente válidas e de responsabilidade universal. Assim, é paradigmática a experiência europeia na tentativa de criar as condições necessárias para a positivação de uma Constituição a ser respeitada por todos os países integrantes da União Europeia⁷⁷.

No particular aspecto que envolve o Brasil neste processo de globalização, é necessária a citação da alteração promovida pela Emenda Constitucional 45/04, a qual, modificando o preceituado no art. 5º, § 4º da Constituição da República, submeteu o Estado à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e, ainda, equiparou os tratados e convenções internacionais às emendas constitucionais, cujo *quorum* de aprovação fosse representativo de três quintos dos integrantes de cada uma das Casas congressuais e que versassem sobre direitos humanos⁷⁸. Tal alteração refletiu na modificação do entendimento do STF no sentido de que os tratados internacionais, independentemente da matéria versada, teriam equiparação à lei ordinária, para fins

⁷⁶ BORGES, José Souto Maior. Curso de Direito Comunitário, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

⁷⁸ Art. 5º, § 3º, da CR.

de antinomia gerada pelo confronto desta com o tratado, cuja solução seria oferecida pelo critério cronológico.

É lúcida a reflexão trazida por Cambi, com base no pensamento de Luiz Fernando Coelho

A nova ordem mundial é marcada pela *heterotopia* (isto é, pela pulverização e multiplicidade dos centros de decisão política e empresarial, que não mais se limitam as fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais, estando espalhados em diversos lugares do mundo) e pela *poliarchia* (existência de múltiplos centros de poder), facilitando a dominação não mais de Estados sobre Estados, de povos sobre povos, mas de empresas sobre povos e nações, de alguns sobre todos⁷⁹⁻⁸⁰.

Esta nova perspectiva dada pela globalização não escapa por inteiro, porém, da ideia clássica e original de constituição apresentada no início deste trabalho.

Como dito, esse registro é apenas de cunho propedêutico, pois, para o fim a que se propõe esta monografia, torna-se suficiente ao tema a preocupação com o conceito de constituição voltado para um Estado particularizado, o que não representa a negação da influência gerada pelo reconhecimento de constituições supra-estatais e até de um direito supra-constitucional, contudo, este estudo carece de um aprofundamento que foge aos objetivos do presente trabalho monográfico.

Mesmo considerando os acertos e desacertos⁸¹ das conceituações acima, o tratamento concebido teve como principal objetivo destacar a constituição como um conjunto de normas detentoras de *status* diferenciado em relação às demais normas do ordenamento, seja a matéria versada de natureza puramente constitucional seja esse *status* alcançado apenas pelo simples fato de constar em um texto tido como constitucional, isto é, o seu perfil jurídico o estabelece como norma fundamental de um Estado. Não há como negar, porém, que a eleição de uma matéria para compor o texto constitucional é também uma decisão eminentemente política e que nesse

⁷⁹ CAMBI, *ob. cit.*, p. 179.

⁸⁰ São exemplos, desta nova ordem, os conteúdos das Emendas Constitucionais 6 e 7, as quais diminuíram as restrições impostas ao capital estrangeiro pelo constituinte originário, e das Emendas 5, 8 e 9, as quais flexibilizaram os monopólios sobre o gás canalizado, o petróleo e as telecomunicações. CAMBI, *ob. cit.*, pp. 71 e s.

⁸¹ Bonavides assevera que o vocábulo constituição não mais é capaz de “expressar toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas *básicas* da sociedade política”. Assim, leciona o autor, o vocábulo sistema tem sido empregado em sua substituição, devido à abrangência de sentido. BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 93.

processo de escolha é importante considerar a dialética estabelecida entre Estado e sociedade.

1.3. O fundamento político do ordenamento constitucional: considerações sobre o poder constituinte

A análise do tema permite compreender a existência de um poder fundante de uma ordem constitucional. Apesar de sua existência vivamente tratada na doutrina, o tema em tela se torna suficientemente complexo de modo que um tratamento adequado da matéria demandaria um espaço não condizente com o destinado nesta dissertação. Faz-se, porém, necessária uma abordagem preliminar para que possamos trilhar o caminho traçado para o presente trabalho.

De início, afirma-se que a concepção de um poder constituinte enquanto teoria vem em reconhecimento à sua preexistência instintiva à estrutura de uma dada organização estatal, isto é, o poder constituinte, enquanto realidade extrajurídica, antecede cronologicamente à sua construção teórica.

Sua existência pode ser encontrada no âmago de qualquer sociedade produtora de certa organização política, considerando que a titularidade deste poder poderia ter sido atribuída a diversas entidades ao longo da história, ou seja, aqueles que exerciam o poder da fato.

Este é o entendimento esposado por Bonavides nas seguintes linhas

Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista antihistoricista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade (...).⁸²

Noutro momento, destaca o autor que “(...) Poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver um ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização (...)”.⁸³

⁸² BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 141.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 142.

Destarte, tal poder deve ser compreendido como existente em toda organização política, em qualquer espaço geográfico e em qualquer tempo, ainda que sua teoria tenha sido concebida após o advento das constituições escritas.

Em termos teóricos o estudo do tema está ligado à ideia do fundamento da constituição, pois, como leciona Tavares, o "poder constituinte é o supremo fornecedor das diretrizes normativas que constarão desse documento supremo"⁸⁴.

Sua teorização nasce, então, da necessidade de identificar o argumento fundamental de validade de uma constituição, de onde esta retiraria sua legitimidade. Assim, a ideia de poder constituinte é concebida como o suporte lógico da supremacia e supralegalidade de uma constituição, sendo anterior ao surgimento dos poderes constituídos de um Estado, já que lhes serve de fundamento.

Contudo, após este registro preliminar, temos que a sua primeira manifestação é encontrada na Convenção da Filadélfia, no ano de 1787, e está intimamente ligada ao surgimento das constituições escritas⁸⁵ e rígidas⁸⁶, as quais aparecem como diploma limitador do poder estatal, como o fito de assegurar os direitos e garantias constitucionais.

Até a Idade Média o poder emanava de Deus. Com a Revolução Francesa⁸⁷ foi desenvolvida a doutrina da nação como sujeito do poder constituinte⁸⁸. Surge, então, como manifestação democrática da vontade política de um povo, considerado em um dado momento histórico, o qual é o seu titular absoluto. Embora, registre-se, em sua elaboração teórica originária, o abade Sieyès tenha atribuído a sua titularidade à nação⁸⁹, o conceito de povo é mais abrangente que este, de modo que, comumente, é

⁸⁴ TAVARES, *ob. cit.*, p. 52.

⁸⁵ Vários autores se filiam a este pensamento, a exemplo de Manoel Golçalves Ferreira Filho (*ob. cit.*, p. 21) e Michael Temer. Registra este último que o surgimento da noção do Poder Constituinte coincide com o advento das constituições escritas e que estas surgem ligadas à ideia de "preservação dos direitos fundamentais" (TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 15ª ed., 1999, p. 30).

⁸⁶ BONAVIDES, *ob. Cit.*, p. 142.

⁸⁷ Embora seja inegável a influência do modelo americano, o ano de 1789 é tido como o início deste princípio político. SCHMITT, *ob. cit.*, p. 126

⁸⁸ *Idem, Ibdem.*, p. 126.

⁸⁹ Acerca deste conceito, diz Burdeau que ela "nasce de um sentimento ligado às mais íntimas fibras do nosso ser. Decerto, podemos inventariar os fatores deste sentimento: a raça, a língua, a religião, as recordações comuns, o habitat, mas, seja qual for sua influência, teriam pouco efeito se não encontrassem na consciência dos membros do grupo a cor que os torna atuantes. A nação depende mais do espírito do que da carne. É a que o espírito adere através dela é à perenidade do ser coletivo. Certamente, a tradição, a lembrança das provações em comum, o que se ama junto e mais ainda a

referido como seu verdadeiro detentor, pois congrega a ideia de participante ativo na vida do Estado.⁹⁰⁻⁹¹ Deste modo, justifica-se o uso do termo “povo” para se referir ao titular do poder constituinte, pois se concilia perfeitamente com os princípios do regime democrático⁹², já que este regime “possibilita o autogoverno por parte dos cidadãos, alicerçado na idéia de cidadania ativa”⁹³.

Ensina Schmitt que o povo pode manifestar o poder constituinte por qualquer meio idôneo a reconhecer a sua imediata vontade e ressalta que da singularidade do seu titular, o poder constituinte apresenta algumas particularidades, relevantes ao nosso estudo:

- a) O povo não é uma instância organizada, por isso, não é a magistratura nem uma autoridade permanente;
- b) A forma natural de manifestação imediata de vontade do povo é o assentimento ou a repulsa.
- c) A vontade constituinte do povo é imediata⁹⁴.

Interessante consequência ressalta da primeira característica identificada pelo autor. À vista disto, torna-se dificultoso o exercício direto do poder contituente, sendo,

maneira pela qual se ama são importantes na formação de uma nação. Mas se os nacionais são apegados a esse patrimônio espiritual é menos pelo que ele representa do passado do que pelas promessas que traz do futuro (...). A nação significa continuar a ser o que se foi e, em consequência, assegurar, através da independência material, a coesão social pela fé numa recordação em comum; é a possibilidade de sobrevivência pela qual o homem corrige a fugacidade de seu destino pessoal”. BURDEAU, Georges. O Estado. Martins fontes: São Paulo, 2005, p. 16-17.

⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, Saraiva: São Paulo, 25ª ed., 2005, p. 98.

⁹¹ De outro modo Temer, mesmo atribuindo a legitimidade do poder constituinte ao povo, entende ser este um conceito que só é apurável a partir de uma dada ordem jurídica. Desta forma, registra o autor um paradoxo: “Se a Constituição é a emanção do Poder Constituinte, não há, antes dela, o ‘povo’ (...). Salvo se tornar-se como ‘povo’ a definição dada por uma ordem jurídica anterior”, o que seria facilmente compreendida dentro da hipótese de eleição instituidora de uma Assembleia Constituinte, mas dificilmente compreendida na hipótese de uma revolução ou golpe de Estado. TEMER, Michel. Ob. cit., p. 32.

⁹² Sobre o tema, é pertinente a observação de Müller no sentido de que “A ideia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo, já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político (...). Não há razão democrática para desperdir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: o da totalidade dos atingidos pelas normas: one man one vote. Tudo que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como ‘demo’ cracia” MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2010, p. 47.

⁹³ AGRA, Walber de Moura. Republicanismo, Porto Alegre, 2005, p. 69.

⁹⁴ SCHMITT, *ob. cit.*, pp. 171 – 173.

assim, necessária a atuação de representantes que terão o exercício do poder constituinte como justificativa para a sua existência.

1.3.1. As bases justificantes do poder constituinte

Como introduzido acima, o poder constituinte, numa visão moderna, vai encontrar equivalência com o primado da democrática participação do povo nas decisões políticas do Estado.

Oserva Canotilho que o poder constituinte tem por objetivo constituir ou positivar normas jurídicas de *status* constitucional, o que requer preocupações ligadas a “uma questão metódica de regulação jurídica”. Por meio de normas jurídicas, pressupostas como superiores, conforma-se a sociedade⁹⁵.

Considerando que o poder constituinte tem por titular o povo e que este é, na lição de Schmitt, uma instância não organizada, conclui-se pela impossibilidade do povo se reunir para criar leis constitucionais, salvo se o fizer por meio de representantes⁹⁶.

Do ponto de vista teórico, é possível fazer referência a dois fundamentos básicos desse poder, os quais podem gerar consequências distintas relativas ao seu exercício. Assim, a teorização do poder constituinte pode ser fundamentada na doutrina da soberania nacional ou alicerçada na soberania popular.

Considerando a doutrina francesa da soberania nacional, o poder constituinte deve ser exercido por um órgão distinto dos órgãos constituídos⁹⁷, quer se trate do poder constituinte originário quer se trate do poder constituinte derivado. Os órgãos que o exercitarão de forma originária limitar-se-ão ao estabelecimento da disciplina constitucional, ficando vedada a sua atuação no âmbito da legislação ordinária. São órgãos especiais que se dissolvem após a realização dos fins que justificarem a sua convocação.

⁹⁵ CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 91.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 96.

⁹⁷ Sobre esta orientação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a Constituição brasileira de 1988 não é fruto do poder constituinte originário. FERREIRA FILHO, *ob. cit.*, p. 32.

Esta teoria está ligada à concepção do Estado Liberal. Na forma como foi construída a teoria da separação entre o poder constituinte e os poderes constituídos⁹⁸ significou uma garantia formal à proteção dos direitos individuais insculpidos na constituição, tão caros ao Liberalismo e à sua expressão tendente a ressaltar o individualismo.

Observa Bonavides que a perda de referência das regras constitucionais para a manutenção da unidade sistêmica do ordenamento enfraquece os cânones estabelecidos pelo Estado Liberal. Assim, pronuncia o mestre cearense

(...) o declínio da superioridade ou supremacia das regras constitucionais em determinados sistemas jurídicos e políticos acompanha sempre a queda e o desprestígio do Estado Liberal, ou seja, o processo de desvalorização e até de desintegração de toda a ordem individualista da sociedade contemporânea⁹⁹.

Em oposição à concepção do poder constituinte que surge atrelada à teoria da soberania nacional, encontra-se em doutrina, ainda, menção a uma outra concepção de poder constituinte, esta ligada à teoria da soberania popular, a qual pode ser encarada sob dois aspectos: a concepção americana e a concepção francesa.

De forma sucinta, a concepção francesa parte da distinção entre a atribuição de elaborar uma constituição e a função de estruturar o ordenamento infralegal, vindo a confundir o poder constituinte com a própria constituinte, ou seja, com o órgão ou agente que a exerce. Desta maneira, após os trabalhos da constituinte, desnecessária se torna qualquer participação popular, uma vez que se trataria de uma manifestação igualmente soberana, posto que vinculada à teoria do sistema representativo.

Sobre outro enfoque, a concepção americana enxerga a constituinte como um órgão limitado cuja produção só se legitima com a aprovação popular. Esta conformação do exercício do poder constituinte confere uma legitimidade assentada na vontade dos súditos do Estado e, fincado no princípio da participação, alcança uma extensão horizontal e vertical, conforme leciona Bonavides¹⁰⁰.

⁹⁸ Embora seja possível conceber a teoria do poder constituinte nas constituições flexíveis, a dual distinção apresentada só tem relevância para as constituições rígidas, uma vez que o mesmo poder é capaz de originar normas constitucionais e normas ordinárias.

⁹⁹ BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 155.

¹⁰⁰ *Idem. Ibidem*, p. 161.

A extensão horizontal é dada pelo maior ou menor número de cidadãos que participam do processo de decisão sobre a matéria constitucional ou escolha dos seus representantes a uma assembleia constituinte. Assim, a legitimidade da decisão é aferida em uma relação proporcionalmente inversa às restrições à participação dos cidadãos. Quanto maior os empecilhos para permitir a participação dos cidadãos nos desígnios políticos de um Estado, menor será a extensão horizontal da legitimidade. De outro modo, a constatação da redução desses entraves, acarretará maior amplitude dessa legitimidade.

A extensão vertical, por seu turno, permite aferir os graus de participação dos governados, e encontra-se relacionada aos seguintes aspectos:

- a) O poder decisório sobre a constituição, por meio do exercício democrático direto, a exemplo do *referendum*;
- b) À incumbência de escolha dos representantes à assembleia Constituinte;
- c) À possibilidade de eleição de um congresso ordinário, dotado de competência legislativa ordinária.

Com base nestes parâmetros de legitimidade, o poder constituinte estará tanto mais próximo dos seus titulares quanto maiores forem as extensões horizontal e vertical, o que representaria uma maior proximidade com os ideais democráticos. Se assim não for, nos depararemos com o exercício usurpado do poder constituinte, capaz de ferir de forma contundente o Estado Democrático de Direito.

Apesar da divergência, parece assistir razão a Queiroz, que preceitua

O poder constituinte coloca a questão da “legitimidade” do poder, de este se “dar” a si próprio uma constituição. Esta é essencialmente fruto de uma “decisão soberana do povo”, tomada por si ou através dos seus representantes eleitos, com mandato explícito de redigir uma constituição, donde conste a organização dos poderes no Estado e os direitos e liberdades jusfundamentais do cidadão¹⁰¹.

1.3.2. Manifestação e natureza, ainda a questão da legitimidade

No que diz respeito ao aspecto ligado à sua manifestação, existem referências variadas tomadas sobre a natureza de decisões políticas fundamentais para a

¹⁰¹ QUEIROZ, ob. cit., p. 140-141.

construção de uma sociedade. Tais decisões podem ser encontradas como manifestação direta dos desígnios do seu titular, como em eleições e em revoluções sociais; ou mesmo indiretamente, como na aceitação tácita de regras propostas pelos execentes do poder estatal, incluindo-se aqui as decisões proferidas no exercício da função da jurisdição constitucional. Todos exemplos de orientações populares (diretas ou indiretas) idôneas ao acolhimento de ideias e decisões. Este conceito reflete a base estruturante da teoria elaborada por Sieyès que assimila o conceito russoniano de soberania popular, porém, inserindo o poder constituinte na conformação do sistema representativo, atenua as consequências severas da alienação referida na teoria de Rousseau¹⁰².

Essas manifestações se tornam tanto mais vivas e variadas quando consideramos a clássica taxonomia do poder constituinte, segundo a qual este poderia se apresentar como poder constituinte originário e poder constituinte derivado. A primeira faz referência à força ou técnica inicial de elaboração de uma constituição; a segunda insere-se na própria constituição, nascendo limitada e de modo constituído. Tal classificação nem sempre é aceita pelos autores, uma vez que alguns não reconhecem a condição de poder constituinte ao que se denomina derivado ou constituído.

A respeito desta classificação, há quem entenda que o poder constituinte originário seria aquele capaz de fundar um novo ordenamento constitucional a partir de uma revolução ou golpe de estado, e constituído, por seu turno, seria aquele que, não sendo extrajurídico, estaria limitado pela constituição e, mesmo que viesse a inaugurar uma nova constituição, ainda seria constituído. No entanto, existem aqueles que entendem que o poder constituído jamais poderia conceber uma novo estatuto constitucional, o que ficaria a cargo apenas do poder constituinte originário, face à natureza política do ato, reduzindo o alcance do poder constituinte constituído.

Tal distinção, embora se afigure importante, não representa a preocupação principal, ao menos por ora. Deste modo, passando ao largo de um maior detalhamento, verificaremos que o poder constituinte dito originário, ou simplesmente poder constituinte, reclama divergência de maior envergadura, a qual diz respeito à sua natureza. Apesar de não se visualizar o tratamento exaustivo, não se

¹⁰² *Idem, Ibidem*, p. 145.

pode desprezá-lo neste texto, pois perquirir sobre sua natureza é também preparar e oportunizar a discussão acerca da sua legitimidade.

Preliminarmente, toda essa divergência encontra eco na consideração do poder constituinte como uma questão de fato, o que o coloca fora da dimensão valorativa, ou associá-lo ao princípio da legitimidade¹⁰³.

Conforme referência anterior, o poder constituinte embasa a construção do ordenamento jurídico, uma vez que fornece a força impulsionadora de sua coerência. Deste modo, seria fácil entender que se o ordenamento jurídico surge deste poder, o qual confere a natureza e o qualifica, este só poderia ter a mesma natureza, qual seja, jurídica.

Contudo, esta conclusão não parece clara para alguns autores. Existem aqueles que entendem que não se pode reconhecer o poder constituinte como fato jurídico, uma vez que apresenta as características de ilimitado e incondicionado. Enquanto fato jurídico estaria ele regulado pelo próprio direito submetendo-se aos limites impostos pelo ordenamento. O que se nega não são suas características próprias, mas a suposta natureza jurídica. O combate a esta posição é dado pelo entendimento de que seria tal poder inicial de todo o ordenamento, de modo que as limitações impostas por este mesmo ordenamento só caberiam aos demais poderes que se seguissem.

Exposta brevemente a divergência a respeito de sua natureza, surge outra indagação relativa à sua condição de aceitação, ou seja, à disciplina de sua legitimidade.

Considerando o poder constituinte como um poder de natureza jurídica, podemos questionar qual o fundamento de validade deste poder, já que vem a ser um poder inaugural ou inicial. Deste modo, não haveria nada que lhe fosse anterior e que se tornasse capaz de lhe conferir tal legitimidade. Dentro desta concepção há quem entenda que o poder constituinte não tem necessidade de legitimação, posto que sua juridicidade, não decorre da circunstância de estar ele habilitado por uma norma jurídica, mas encontra a sua legitimidade apenas no simples fato de existir.

Nesse aspecto, o poder constituinte passa a ser um poder político e o conceito de constituição passa a se relacionar ao aspecto material tratado acima¹⁰⁴.

¹⁰³ *Idem, Ibidem*, p. 146.

¹⁰⁴ *Idem, Ibidem*, p. 147.

No que é pertinente às suas características, Carrió¹⁰⁵ observa que há o costume de definir o poder constituinte como supremo, absoluto, ilimitado, ideia esta coincidente com os conceitos que as religiões oferecem para a ideia de Deus. Nesse diapasão, é particularmente interessante a observação de Carlos Ayres Brito quando leciona

Tudo nos leva a presumir que uma objetiva demonstração de certa similitude entre os dois termos paradigmáticos (Deus e o Poder Constituinte) contribuiria para quebrantar as resistências doutrinárias mais recentes à tese de que **há um espaço de conformação jurídico-positiva que somente pelo Poder Constituinte é passível de ocupação**. Noutros termos, assim como nenhuma instância geratriz mundana pode assumir o papel de Deus naquilo que diz respeito à montagem das linhas mestras do universo e à substituição dessas linhas por outras, também nenhum órgão ou sujeito simplesmente constituído pode se *travestir* de Poder Constituinte naqueles pontos que se põem como a própria fundação do Ordenamento Jurídico e com alteração das características centrais desse ordenamento.¹⁰⁶

O entendimento de Carrió deve ser recepcionado com reservas, pois não há como desconhecer a realidade dos Estados e a coexistência destes em suas relações internacionais. Assim, a ideia de poder constituinte contém dentro de si, a ideia de Direito que se imporá. Se há uma ordem vigente, ela condiciona o Poder Constituinte. No entendimento esposado por Jorge Miranda poder constituinte consiste na capacidade de escolher o rumo a ser seguido e consiste no “conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), porquanto soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico”¹⁰⁷.

O tema demanda ainda maiores considerações e, por isso, voltaremos a enfrentá-lo em outras oportunidades neste trabalho. Por ora, o que se pretendeu foi apresentar o conceito, passando-se, assim, a tratar de outro ponto ligado ao constitucionalismo e corolário do reconhecimento do poder constituinte com poder inaugural do ordenamento constitucional. Trata-se da supremacia da constituição.

¹⁰⁵ CARRIÓ *apud* TAVARES, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁶ BRITTO, Carlso Ayres. Teoria da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 7.

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 358

1.4. A construção hierárquica de um ordenamento: a questão do reconhecimento da supremacia constitucional

É comum o entendimento de que as várias espécies normativas de um determinado ordenamento jurídico estão dispostas de forma escalonada, numa disposição hierárquica, de modo que a cada faixa hierárquica tem-se uma categoria distinta de normas.

Obviamente, tratar de hierarquia é falar em relação de subordinação, neste caso, de subordinação de uma categoria normativa à outra. Isto significa que, nesta relação encontra a coexistência de uma norma subordinante e outra subordinada. A primeira, capaz de definir os contornos desta, orientar suas manifestações, de tal modo a condicionar a forma, conteúdo e efeitos da norma inferior¹⁰⁸.

A norma subordinante determina então a condição de validade da norma subordinada. Buscando teorizar sobre o fundamento de validade da norma, Kelsen idealiza um sistema que estrutura esta relação. O autor diz que

(...) o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação à ela, norma inferior¹⁰⁹.

O que acabou de ser afirmado não implica em concluir que todas as normas do ordenamento estão em relação de subordinação, não existindo outra forma de coexistência. Na verdade, há que se considerar que neste esquema traçado, podemos encontrar, também, normas que estão em relação de coordenação. Estas são as normas que se encontram em um mesmo patamar hierárquico.

A construção deste esquema se dá através da representação geométrica, sugerida por Kelsen, de uma pirâmide¹¹⁰. Do cume para a base encontramos uma crescente enumeração de normas que se põem em relação de coordenação. Ao contrário, quando seguimos da base para o cume da pirâmide, diminuimos o número de normas que estão estabelecidas nessa relação de coordenação.

¹⁰⁸ MACEDO, Regina Maria e FERRARI, Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 215.

¹¹⁰ Nery Ferrary oferece outra forma esquemática apresentada com a idealização de círculos concêntricos internos. NERY FERRARI, Regina Maria Macedo, Efeito da Declaração de Inconstitucionalidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 54.

No ápice da pirâmide situa-se a constituição, a norma jurídica inaugural que inspira e oferece a condição de validade de todo o ordenamento.

Como tratado oportunamente, são variados os conceitos atribuídos à constituição, sendo possível encontrar diferenças pontuais nas definições trazidas por cada autor. O Supremo Tribunal Federal registra estas variações em seus julgados. Contudo, sob a ótica do constitucionalismo, a busca de uma definição de constituição perpassa, necessariamente, pelo reconhecimento deste como um documento de estatura singular no ordenamento jurídico, o que fica claro na análise de expressões utilizadas para se reportar à constituição.

Assim, se, no que se refere ao conceito, a constituição tem enfrentado vacilações doutrinárias, no que é pertinente à sua importância perante a sociedade e o Estado parece¹¹¹ não mais encontrar resistência a ideia de supremacia normativa. Embora não possa ser esta afirmação alcançar a todos os Estados, ao menos ocidentais, pois, alguns têm sofrido um processo de desconstitucionalização de certos direitos, o que representaria a negação do Estado social; de ser identificável a constatação da vigência do pensamento que orienta a supremacia do Parlamento, a exemplo do direito Inglês; e, ainda, o reconhecimento, pela doutrina, de direitos supraconstitucionais.

Esta identificação da constituição com a supremacia é a ideia central do constitucionalismo¹¹². Enquanto estatuto fundamental de uma sociedade, a constituição orienta as escolhas democráticas da atuação estatal e, para o atingimento desta funcionalidade, faz-se preemente a consagração de suas normas a patamares acima das demais leis.

De uma forma ou de outra, a constituição tem assumido no último século o papel delimitador dos contornos políticos e sociais.

¹¹¹ Contudo, esta ideia não está isenta de críticas, sendo apenas aparente a ausência de resistência. Em verdade, a supremacia constitucional, que vem a ser assegurada por meio da jurisdição constitucional encerra um paradoxo dentro do regime democrático, entendido como o governo da maioria.

Trata-se de enfretar a questão própria do controle de constitucionalidade de se afastar a validade de uma lei, fruto do sistema democrático-representativo (portanto, representativa da vontade popular) através da atuação de um órgão sem aparente legitimação direta que é a corte constitucional. SANTOS, *ob. cit.* 217.

¹¹² *Idem, Ibdem*, p. 217.

A supremacia surge como postulado do próprio Direito Constitucional, fundamentada histórica, lógica e dogmaticamente, como leciona Barroso, destacando-se a prevalência do poder constituinte originário sobre o poder constituído.¹¹³

Na história recente toma novo fôlego a questão que envolve a supremacia constitucional com a perda de referência da lei como fonte primária de produção normativa em contraponto ao reconhecimento da constituição como elemento articulador do ordenamento jurídico, consagrando a unidade e integração do ordenamento, assumindo, assim, papel fundamental na sociedade contemporânea caracterizada pela diversidade de interesses em conflito¹¹⁴.

A garantia da supremacia constitucional, ao menos no ordenamento pátrio, encontra, ainda, amparo na existência de maior dificuldade formal imposta à alteração das normas constitucionais, o que permite visualizar um conceito de supremacia formal. Através de procedimentos legislativos específicos, solenemente estabelecidos, a alteração do texto constitucional se dá de forma mais dificultosa do que a que se estabelece para a alteração de textos normativos infraconstitucionais. Em tese, isto confere maior estabilidade ao texto constitucional e às normas dele extraídas.

Contudo, não se pode pensar que a permanência de um texto assegure a correta e razoável aplicação das normas nele contidas. As condições de efetividade de uma norma são encontradas na equivalência ou consonância do texto com a realidade subjacente, isto é, a partir da observância da realidade fática deve ser traçada a condição de aplicabilidade da norma. Assim, quanto mais próxima a norma estiver da realidade, mais fácil será sua observância e aceitação, posto que é, também, representativa dos valores sociais e anseios coletivos.

A desconsideração desta equivalência cria um espaço, um abismo que torna inaplicável a norma constitucional, fazendo-a inidônea à regulação social. Este hiato pode representar, basicamente, duas situações críticas a merecerem reparos: a crise da constituição e a crise do poder constituinte, as quais serão analisadas mais a frente.

A conformação do texto constitucional à realidade também pode ser alcançada pela via informal. Deste modo, é possível uma adequação de uma constituição à

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 85.

¹¹⁴ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. Constitucionalismo em tempos de Globalização, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

realidade subjacente por meio do reconhecimento de alterações significativas do contexto social que implicaria numa nova releitura das normas constitucionais.

Assim, através de processos informais de mudança constitucional as normas passariam a encontrar outras significações mais adequadas aos ditames sociais. Este fenômeno tem sido invocado para justificar acomodações normativas com certa frequência. Muito embora não se trate de um fenômeno novo, posto que há décadas conhecido pelos constitucionalistas, enfrenta tormentosa aceitação quanto aos seus limites.

O que não pode ser afastado é o fato de que a denominada mutação constitucional tem sido um grande aliado do intérprete para a concretização da constituição, pois, neste processo, passa o contexto a apresentar relevantíssimo papel de catalizador da efetividade normativa.

1.5. A força normativa da constituição

Não se pode passar indiferente, ao se estudar o processo de mutação, às considerações acerca da força normativa constitucional.

Como principal diploma jurídico-político, a constituição de um Estado deve ser concebida como veículo de disposições cogentes determinantes do perfil estatal. Dentro desta ótica, não mais cabe vislumbrá-la como um conjunto ordenado de preceitos meramente orientador do comportamento dos agentes do Estado na realização dos fins a este atribuído.

Dito de outra forma, a constituição vive para ser efetivamente aplicada sempre que a exigência da realidade carecer de solução não encontrável nos meios ordinários de regulação social. Além deste aspecto, há que se ressaltar outro, ligado à hermenêutica das normas ordinárias. Especial atenção deve ter o intérprete destas normas às imperiosas disposições da constituição, haja vista a necessidade de compatibilidade e adequação à disciplina constitucional, posto que é a constituição a responsável por garantir a unidade de um ordenamento constitucional.

A força normativa da constituição encontra supedâneo na própria construção política que legitima a permanência desta como principal diploma de uma sociedade. A

teoria do poder constituinte oferece subsídio para a compreensão deste fenômeno. Se entendermos que o movel condutor de permanência de uma constituição é o poder constituinte, a sua permanência só se justifica diante do fato de que possa servir à regular o Estado dentro da conformação estatal traçada pelo texto constitucional e ditado pela ação conflituosa e dinâmica dos complexos subsistemas sociais.

Ora, a possibilidade de implementação desta regulação se dá em razão direta da aceitação de seus postulados. Assim, quanto maior a adesão encontrada por um texto constitucional no âmago de um povo, maior a possibilidade de sua observância espontânea, independentemente do exercício do poder coercitivo mantida pelo aparelhamento estatal.

Não podemos deixar de colacionar as palavras de Hesse acerca do tema

(...) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*¹¹⁵

Ressalve-se que a ideia de força normativa de uma constituição liga-se, fortemente, à condição de implementação de seus dispositivos pela observância espontânea dos indivíduos ou, ainda, pela aplicação coativa da força, esta última poderá ser indicativa da menor legitimidade¹¹⁶ e reconhecimento de uma constituição quando inobservada por parcela significativa da população. Assim, quanto maior for a adesão aos preceitos insculpidos no texto constitucional, maior será a aceitação e, proporcionalmente, a observância espontânea de sua disciplina, sem a necessidade de interferência judicial ou, quando isto não for verificado, melhor será a adesão à decisão judicial que realiza os ditames constitucionais.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

¹¹⁶ Tem-se em atenção o conceito de legitimidade apresentado por Levi, segundo o qual a expressão indica um “atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos”. LEVI, Lucio *apud* DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006, pp. 42-43.

1.6. As crises do Estado constitucional

A crise pode ser identificada como um momento de inadequação e que representa uma ruptura provocado por um dado essencial capaz de abalar de forma significativa um sistema. Preliminarmente deve-se considerar que uma crise não se apresenta ontologicamente como algo negativo e que deve ser afastado de imediato ou até evitado. Em verdade, é expressivo de uma inadequação que deve ser corrigida para não gerar instabilidade no sistema. A permanência da instabilidade, essa sim, poderá causar prejuízos.

Portanto, nas situações de crises se faz necessária a releitura dos dados fornecidos a um sistema o que poderá produzir aperfeiçoamento deste e conhecimento mais profundo do sistema.

Quando falamos em crises do Estado Constitucional, no plural, queremos nos referir às crises que abalam as estruturas nas quais se assenta o Estado. Bonavides identifica, inicialmente, duas formas de manifestação dessas crises: a) a crise constituinte; b) a crise constitucional.

A distinção entre as duas não exige maiores esforços de compreensão. A crise constituinte é a crise própria do poder constituinte, nas palavras do autor: “(...)a crise de um regime, de um corpo institucional, de um sistema de governo”¹¹⁷. Tal crise se mostra mais perigosa, ao menos no que se refere ao grau de instabilidade, porque esta tende a apresentar dificuldade à recomposição da harmonia.

A crise constitucional, por seu turno, é tão só a crise de uma constituição, de um texto escrito, de modo que não afeta a titularidade do poder constituinte originário, sendo passível de solução a partir do exercício do poder de reforma constitucional. Tal crise não repercute nas estruturas das instituições de uma dada sociedade e está mais ligada aos Estados mais desenvolvidos, não apenas sob a ótica econômica, mas, principalmente, sob a perspectiva político-institucional, onde se pode constatar melhores condições de estabilidade em relação à competência dos poderes e realização dos direitos fundamentais. Para a solução desta crise, é bastante a

¹¹⁷ BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 188.

manifestação do poder constituinte reformador ou a atuação jurisdicional das cortes constitucionais¹¹⁸.

Apesar de se apresentar de forma mais branda, a crise constitucional pode se tornar perigosa face à demora na implementação de mudanças. Botelho compreende que a situação que serve de pano de fundo da crise de legitimidade constitucional se dirige à desvinculação entre fundamentalidade e fundamentalismo, isto é, como incorporar as alterações ocorridas na sociedade numa teoria constitucional que se pretende permanente¹¹⁹. Noutras palavras, a questão reside na manutenção da norma suprema, como requisito de fundamentalidade, sem recair no fundamentalismo constitucional “identificado como originalismo que nega legitimidade à mudança dos significados constitucionais”¹²⁰.

No que pertine aos países periféricos, no qual se enquadra o Brasil, a crise que mais afeta estes Estados é a crise constituinte,

(...) devido à fragilidade dos seus mecanismos econômicos (...) em virtude da inadequação do sistema político e da ordem jurídica ao atendimento de necessidades básicas da ordem social, as quais permanecem insatisfeitas ou postergadas (...) A crise constituinte, sendo portanto um processo, não se exaure nem na outorga nem na promulgação de uma Constituição. Ele de todo se manifesta pelo antagonismo da nova Constituição com as realidades sociais mais profundas. E ocorre naturalmente quando as instituições políticas recém-criadas por obra do braço soberano não alicerçam um poder legítimo, fazendo, ao contrário, perdurar em toda a sociedade o dissenso sobre o consenso. Nesse caso a instabilidade prossegue e a Constituição, desprovida de um substrato básico de aprovação popular, perde eficácia, a juridicidade, a normatividade¹²¹.

A crise constituinte desencadeia efeitos mais devastadores sobre a ordem estabelecida ou em vias de se estabelecer, causando, no mais das vezes, estagnação e retrocessos em prejuízo dos direitos fundamentais. A manutenção de um texto constitucional que disponha sobre esses direitos restará prejudicada em sua efetividade, causando dúvidas acerca da supremacia constitucional e de sua força normativa.

¹¹⁸ *Idem, ibidem.*, p. 189.

¹¹⁹ BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação Constitucional – a Constituição viva de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 16.

¹²⁰ BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 15.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 188-189.

Identificadas as crises do Estado Constitucional, se torna premente mencionar, em relação à crise constituinte, uma subtaxonomia. Neste ponto cumpri-nos diferenciar duas crises de teor material: a crise do titular do poder constituinte e a crise de seu objeto – a constituição.

Como ressaltado, a titularidade do poder constituinte, sob o ponto de vista formal, não encontra maiores divergências, devendo repousar sobre o povo ou nação. No aspecto material essa titularidade mantém-se controversa, dada a indagação de se saber se o trabalho realizado pela assembleia constituinte é representativo da vontade soberana no povo. Esta distinção ganha relevância ante as tentativas de se legitimar a atuação daquele que Bonavides menciona como outro poder constituinte, “concorrente, paralelo e externo”¹²².

Por conseguinte a presença de grupos de pressão, do poder econômico, dos *lobbies* dentre outros fragmentam entre si cotas da soberania popular, sem que o titular formal do poder possa perceber estas operações.

Em relação à crise do poder constituinte ligada ao objeto, esta pode ser verificada na ausência de prestações sociais e atrela-se à “modalidade de Constituição que há de emergir do colégio constituinte, sobre o teor material de suas disposições, sobre sua compatibilidade com os fatores reais de poder, sobre os conteúdos sociais (...)”¹²³. O caráter programático da constituição muito contribui para a manutenção desta crise, na medida em que se opta por estabelecer programas a serem concretizados em momento futuro e incerto, gera expectativas incapazes de satisfação a curto prazo.

Esta crise, quando instalada de modo mais severo, pode conduzir à terceira crise do Estado Constitucional segundo Bonavides, qual seja, a crise de inconstitucionalidade. O futuro de incertezas promovido por normas programáticas pode permitir a qualificação de atos estatais que em muito se distanciam das modelagens apresentadas pela constituição. Neste cenário, a unidade da constituição configura-se despedaçada, posto que os valores, regras e princípios constitucionais

¹²² *Idem, ibidem.* p., 194

¹²³ *Idem, ibidem.*, p. 195.

quedam-se inutilizados. Em verdade, a crise de inconstitucionalidade configura-se como forma qualificada da crise constituinte¹²⁴.

Coimbra menciona a crise do Estado de modo mais genérico, tanto no que diz respeito ao aspecto conceitual quanto à abrangência desta crise, a qual apresenta a desintegração social como consequência, caracterizada pelo baixo consenso acerca dos valores e instituições democráticas. Apresenta o autor com pressuposto para a superação da crise a “(...) reabilitação da moralidade pública como fato de orientação da vida em sociedade e do funcionamento do Estado-aparato (...)”¹²⁵

No Brasil, o distanciamento econômico e ideológico entre os ocupantes dos elevados cargos públicos e a massa da sociedade depõe contra a estabilidade do sistema por reforço à crise constituinte.

Indubtavelmente, o processo de controle de constitucionalidade serve de mecanismo de calibração dessas crises e, em muito, se destaca o fenômeno da mutação constitucional. Contudo, ressalve-se que esta possibilidade só se verificará ante uma adequada utilização destes mecanismos. Do contrário, o uso inadequado e arbitrário deste, gerará agravamento da crise por afetação da legitimidade da constituição.

2. Hermenêutica Constitucional, mutação e controle de constitucionalidade: conformação político-social de seus limites

A atividade de interpretar pressupõe a capacidade de conhecer. Esta, por seu turno, revela-se como um processo filosófico-dialético¹²⁶, um movimento constante

¹²⁴ *Idem, ibidem.*, p. 389.

¹²⁵ COIMBRA, *ob. cit.*, p. 198.

¹²⁶ Adeodato observa que todo conhecimento consiste na possibilidade de reunir três elementos: os eventos da realidade, as ideias da razão e as expressões linguísticas que comunicam as ideias. Por serem irrepitíveis, os eventos reais são incognoscíveis, posto que inadaptáveis ao aparato cognoscitivo humano, “cuja razão somente se processa por meio de generalizações (...) O evento real é assim irracional por ser inexoravelmente contingente”. ADEODATO, João Maurício. Limites Éticos do Poder Constituinte originário e a concretização da constituição pelo Judiciário. Disponível em http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/20449_2672.PDF (acesso em 15/09/11).

entre o objeto a ser conhecido e o seu contrário. Assim, conhecer algo conduz, também, ao conhecimento daquilo que não é algo¹²⁷.

Como dito, interpretar também é uma atividade de conhecimento, tendo, no caso específico da interpretação da lei, esta vista como o objeto a ser conhecido. Para o desenvolvimento desta atividade, torna-se premente o uso de meios adequados, que permitam alcançar o objetivo com certa segurança. Assim, cada objeto de conhecimento exige um método próprio, com a lei não se passa de forma diferente. A interpretação dos textos legais precisa estar alicerçada em instrumentos idôneos para esta tarefa.

Antes, porém, precisamos considerar as diferenças fundamentais entre o texto constitucional e o texto infraconstitucional.

O primeiro ponto diz respeito à natureza dos textos escritos que serão objeto da interpretação. Regra geral, os textos legais não se diferenciam quanto às suas características principais dos textos constitucionais. Assim, as leis têm as características da generalidade, posto que dirigem a conduta das pessoas sujeitas a um determinado território; abstração, uma vez que vigora para reger casos futuros; e permanência, pois, em regra, não se legisla para um período determinado no tempo, mas para reger os fatos vindouros, sem que haja limitação temporal.

O texto escrito constitucional, por ser espécie de lei, não foge destas características. No entanto, torna-se imperioso considerar que o texto constitucional ocupa uma posição diferenciada no estrato normativo, haja vista a sua função de fundamento de validade das demais normas do ordenamento – por isso a condição de oferecer unidade ao ordenamento – e às qualidades de possuir supremacia e de força normativa. Além disto, há que se destacar a natureza eminentemente política da constituição, uma vez que suas normas visam a reger, por exemplo, a estrutura do estado, a forma de exercício do poder e os direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, também, da linguagem utilizada no texto constitucional. Em virtude de sua colocação como norma fundamental, a constituição se posiciona mais distante do fato social, se comparada com a lei infraconstitucional, de modo que se

¹²⁷ Destaca Carducci que “a Modernidade precisa partir do pressuposto de que a realidade é algo a que não podemos aceder diretamente, uma vez que ela se baseia em diferenças (distinções) que aparecem como elemento primário de conhecimento. Desse modo, as diferenças formam a matéria-prima que constitui o mundo cognitivo”. CARDUCCI, *ob. cit.*, p. 68.

encontra preche de normas principiológicas, as quais apresentam maior abertura e flexibilidade. Ainda, é comum o uso de expressões ambíguas e vagas¹²⁸ e que, sem conteúdo preciso, proporciona ao intérprete uma maior atividade de construção da própria norma, o que vai gerar, segundo Pedra, lacunas no conhecimento oriundo de uma zona de incerteza.

Ao contrário do que era comum ao positivismo, os princípios não têm mais a função secundária de preencher lacunas, mas assumem papel relevante na conformação da norma, já que são reconhecidos como possuidores de força normativa imediata, haja vista que a constituição constrói uma “ordem objetiva de valores ou um sistema aberto de princípios e de regras”¹²⁹.

Torna-se imperioso, destarte, estabelecer a distinção entre valores e princípios. Aqueles têm conteúdo apenas axiológico e dependem de aferição subjetiva, como tal não se prestam à aplicação. Os princípios, por seu turno, passam a ser portadores de aplicabilidade devido ao reconhecimento do seu caráter normológico; passam a conter um referencial deontológico, no sentido de que visam estabelecer uma conduta a ser observada, e teleológico, uma vez que procuram a preservação de determinado bem jurídico. Não há que se dissociar completamente os princípios dos valores, haja vista que os princípios são o veículo deontológico destes¹³⁰.

A linguagem constitucional representa, aliás, um dos pontos impulsionadores fundamentais para o desenvolvimento da compreensão da necessidade de mutação constitucional. Nesse sentido Botelho, ao introduzir o tema, afirma que

Tais mudanças se concentram, primeiro, na questão da linguagem constitucional, que desafiava tanto interpretação restrita como ampla, para depois desembocarem em teorias progressistas de mudança constitucional, que realmente rompiam com as premissas do originalismo. Ainda que com justificação somente na mudança das circunstâncias fáticas, passou-se a considerar que as disposições deviam possuir capacidade de adaptação às mudanças do mundo, sendo vital que um princípio possuísse aplicação mais ampla do que aquela que deu azo à sua instituição¹³¹.

¹²⁸ BOTELHO, *ob. cit.* p. 30.

¹²⁹ CAMBI, *ob. cit.*, p. 87.

¹³⁰ CAMBI, *ob. cit.*, p. 88.

¹³¹ BOTELHO, *ob. cit.*, p. 16.

Os termos utilizados na composição do texto irão influir na maior ou menor ingerência dos elementos sociais. Nesse diapasão encontramos a orientação de Cambi no sentido de que

(...) Quando o imperativo linguístico do texto é forte (v.g., prazos, definições e normas de organização e de competência), a sua influência na definição do caso concreto é maior, quando o texto da norma contém conceitos vagos ou prevê elementos valorativos (v.g., dignidade humana, boa-fé, erradicação da pobreza, promoção do bem comum, diminuição das desigualdades regionais etc.), menor será sua capacidade de influir na decisão dos casos concretos¹³².

Essas peculiaridades, por si, já faz imprescindível uma consideração diferenciada quando se trata de interpretação constitucional. Há, ainda, a necessidade de se mencionar a singular efetividade que se deve revestir as normas constitucionais, posto que, dentro do neoconstitucionalismo, a constituição deve servir à efetiva aplicação, como reconhecimento de sua força normativa e, por conseguinte, afastar a instabilidade institucional provocada pelas crises do Estado Constitucional.

Estas considerações remontam à necessidade de manutenção da estabilidade das normas delimitadas a conferir segurança jurídicas às relações. Isto não implica jamais em engessamento da decisões. A este respeito é oportuna a lição de Kubliskas no sentido de que

A norma constitucional necessita de maior estabilidade do que as demais normas do ordenamento, devido ao seu objeto está relacionado diretamente à organização jurídico-política e aos fundamentos do Estado. Kubliskas salienta a relevância da estabilidade das normas constitucionais voltada para a segurança jurídica, com vistas a estabelecer parâmetros e limites à atuação estatal, conferindo relativa segurança e previsão no que diz respeito à atuação dos órgãos estatais; favorece a estabilidade institucional, oferecendo condição de respeitabilidade por parte dos administrados àqueles que ocupam o poder; por fim, tal estabilidade é fator de eficácia e estabilidade da constituição por consolidar o sentimento constitucional e desenvolver a força normativa da constituição¹³³.

Tavares¹³⁴ registra, também, a existência da jurisdição constitucional como fator revelador do desenvolvimento que alcançou a hermenêutica constitucional¹³⁵. De fato,

¹³² CAMBI, *ob. cit.*, p. 87.

¹³³ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais – análise dos mecanismos de alteração forma e informal da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Atlas, 2009, pp 31-32.

¹³⁴ TAVARES, *ob. cit.*, p. 101.

o reconhecimento de uma atividade própria do Estado constitucional consistente na atribuição a um órgão de zelar, de forma precípua, pela guarda da constituição forçamos a indicar este elemento constituinte da demonstração da singularidade apresentada pela jurisdição constitucional, face à constituição deste órgão, à sua posição dentro da estrutura de exercício de um poder e ao estabelecimento de um procedimento especial de aferição.

A natureza das normas constitucionais, pois, exige um tratamento mais adequado e diferenciado daquele dispensado ao tratamento de norma de hierarquia inferior no aspecto ligado à sua interpretação. Não se diga, porém, que as regras costumeiramente adotadas na interpretação das normas infraconstitucionais não apresentam serventia no estudo da hermenêutica constitucional, é que se trata de revestir o hermeneuta do necessário aparato para alcançar seu objetivo peculiar, cujas características tornam imprescindível um olhar diferenciado.

2.1. Princípios auxiliares da interpretação constitucional

Em consideração às características do texto constitucional apontadas acima, temos que reconhecer que as normas constitucionais demandam um cuidado especial durante o processo de interpretação. Listaremos, brevemente, alguns princípios orientadores do intérprete na atividade de interpretação constitucional e que reforçam a argumentação da necessidade de reconhecimento de uma Hermenêutica constitucional.

O que se chama de nova interpretação constitucional constrói-se a partir da consideração de que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade, não possuem um sentido unívoco. Nas palavras de Barroso e Barcellos, temos que:

(...) O relato da norma, muitas vezes demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à

¹³⁵ Parece-me que, nesse aspecto em particular, a existência de uma jurisdição especial constitucional é, primeiro, uma consequência da relevância que encontra a interpretação da constituição diante da hermenêutica ordinária; em segundo, passa a jurisdição a ser um centro difusor e continuador desta hermenêutica que é a constitucional, corroborando para especialização dessa forma de interpretação que não é atividade exclusiva de um órgão judicial, ainda mais de uma corte constitucional.

produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”¹³⁶.

De início, temos que considerar o princípio da unidade da constituição. Este tratamento inaugural do princípio tomado se dá pelo fato de ser este o princípio mais importante¹³⁷ no procedimento interpretativo.

Por tal princípio, também chamado de unidade hierárquica-normativa da Constituição¹³⁸, há de se ter em consideração as normas constitucionais em sua relação de interdependência, como componentes de um sistema integrado. Cada norma é justificada pelos valores encontrados em outras normas, em um processo contínuo de validação até que se alcance a decisão fundamental do constituinte. No caso brasileiro essa decisão política fundamental consiste no Estado Democrático de Direito, conforme consta do preâmbulo e do art. 1º da CR¹³⁹. Deste modo, para a solução de eventuais conflitos entre princípios, princípios e regras, e entre regras deve se utilizada a técnica da ponderação. Em virtude desse princípio inexistem hierarquias entre as normas constitucionais, sendo a harmonização alcançada pelo intérprete a partir do caso concreto.

Em relação simbiótica, um segundo princípio a ser fazer referência é o do efeito integrador, o qual reforça a unidade política ao preferir as decisões favoráveis à integração social.

Atrelado ao advento do neoconstitucionalismo temos o princípio da máxima efetividade ou, simplesmente, efetividade. Por meio deste, tem-se em atenção a determinação de que a interpretação constitucional deve ser dada no sentido de ofertar a maior eficácia. Dentre as alternativas plausíveis, tem-se que se privilegiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, de modo a evitar a conclusão pela não auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional. Também é chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva.

¹³⁶ BARROSO, Luis Roberto *et* BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História – A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In* Crises e Desafios da Constituição, Belo Horizonte: Del rey, 2004, p. 472.

¹³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da Ciência Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.

¹³⁸ BARROSO *et* BARCELLOS, *ob. cit.*, p. 496.

¹³⁹ GUERRA FILHO, *ob. cit.*, p. 151.

Outro princípio que encontra obrigatória menção neste tópico é o da força normativa da constituição, cuja importância lhe valeu um tratamento específico neste trabalho.

O princípio da conformidade funcional estabelece o respeito aos limites impostos à atuação dos Poderes para que não haja indevida invasão da esfera de atribuição dos outros poderes. Encontra sustentação no princípio da separação dos poderes.

Visando à conservação dos diplomas editados pelo Legislativo, o princípio da interpretação conforme a constituição procura colmatar uma norma sob o manto da constitucionalidade quando esta venha a ser questionada quanto à sua constitucionalidade.

Por fim, não podemos olvidar do princípio da concordância prática ou da harmonização, o qual prevê a confrontação dos bens e valores, determinando a prevalência de uns em detrimento de outros, ao mesmo tempo em que evita o sacrifício completo do bem ou valor preterido.

Assim, sem a preocupação o tratamento exaustivo, foram apresentadas as balizas que nortearão a interpretação constitucional.

2.2. A interpretação como uma atividade de conhecimento sócio-cultural

De modo simplório, podemos definir a atividade de Interpretar como o descobrir, o descortinar sentidos possíveis da norma. Esta afirmação, aliás corrente na doutrina, deve ser analisada como peroração. Não se pode recepcioná-la como a possibilidade de conhecimento total de um sentido unívoco, correto e verdadeiro, o que não é uma tarefa viável. Também não é possível considerar a existência de uma norma imutável, a qual permanecerá regendo a sociedade no decorrer do tempo.

Um texto escrito permite, muitas vezes, várias interpretações, vários sentidos possíveis, representa um terreno fértil onde a inteligência e sensibilidade do intérprete colherá as normas adequadas a partir dos métodos de interpretação. A norma, em verdade, encontra-se em estado potência no texto, esta – a norma – será realizada pelo intérprete na aferição do caso concreto.

Diante da pluralidade de manifestações da realidade, não é possível ao legislador determinar de antemão qual a norma efetivamente a ser aplicada em cada caso. Registre-se que não se trata de desprezar a técnica que se diz interpretação autêntica, mas de entender que esta é uma possibilidade de aplicação, não a única. A esse respeito, veja-se a lição de Pedra:

Tem-se que toda e qualquer interpretação encerre necessariamente a pretensão de ser uma “interpretação correta”, no sentido de conhecimento adequado apoiado em razões compreensíveis. Não existe, no entanto, uma “interpretação absolutamente correta”, no sentido de que seja tanto definitiva como válida para todas as ocasiões. Nunca é definitiva porque a variedade inacabável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões¹⁴⁰.

Todos os sentidos retirados de um texto escrito são passíveis de aplicação, a questão está em encontrar dentre estes aquele que mais se aproxima do consenso social e, para tanto, é preciso desenvolver uma capacidade especial, uma sensibilidade para perceber os valores, as práticas, as orientações sociais.

As considerações acima seriam desnecessárias se a norma pudesse ser percebida através da simples leitura do texto escrito. A atividade de interpretar é uma atividade complexa que exige esforço, análise e ponderação do intérprete sobre as marcas sociais que sinalizam as mudanças e transformações, isto é, não se pode compreender a norma inteiramente *a priori*, é preciso antes considerá-la como objeto a ser aplicado em um contexto social. É preciso, portanto, pô-la sobre a realidade subjacente, escapando do fenômeno subsuntivo clássico, para perquirir sobre suas condições de aplicabilidade.

Diante disto, percebe-se que o brocardo latino *in claris cessat interpretation* não encontra mais guarida diante do desenvolvimento dos métodos hermenêuticos e da linguística. É preciso ter em mente que, para a realização do Direito, a linguagem é elemento fundamental. Aqui é necessário destacar que a linguagem que se menciona não é uma linguagem especial, como se refere alguns, mas uma linguagem comum, que, uma vez apropriada pelo cientista, passa a ganhar especificações nos seus usos.

Deste modo, o Direito funciona como um código de comunicação. Temos, assim, o estabelecimento de uma comunicação entre o Estado, representado pelos

¹⁴⁰ PEDRA, *ob. cit.* p. 110.

órgãos aplicadores do direito e a sociedade¹⁴¹. Não é despiciendo dizer que os signos utilizados podem ser representativos de objetos, pessoas ou sentimentos, ou seja, possuem um sentido denotativo, contudo, é inegável a consideração de que as palavras igualmente possuem sentidos conotativos, o que propicia uma riqueza de utilização da linguagem que não permite sua ignorância.

A interpretação constitucional deve ser evolutiva, limitada, é claro, às possibilidades semanticamente oferecidas pelo texto e pelos valores que fundamentam um sistema¹⁴².

Para melhor compreender as ideias que ora se oferecem, deve-se ter presente a noção de que a linguagem não é um instrumental a ser apropriado pelo intérprete. Esta é uma ideia enganosa que levaria a um retorno à concepção de interpretação como técnica que permite o conhecimento puro do texto e representaria a consagração da clássica técnica de interpretação gramatical. Se assim se impusesse a correção, qualquer pessoa que se especializasse no uso da língua – não da linguagem – perceberia a norma que emana dela. O uso da linguagem, por sua vez, não prescinde da vivência da realidade dos fatos, da percepção do mundo fenomênico onde o Direito se realiza e vive. A linguagem é, pois, *praxis* e como tal precisa ser vivenciada culturalmente para ser apreendida.

No sentido do texto, Chauí assim se posiciona: “A linguagem *não traduz* imagens verbais de origem motora *nem representa* ideias feitas por um pensamento silencioso, mas encarna as significações. As palavras *têm* sentido e *criam* sentido”¹⁴³.

Deste modo, a vivência do contexto social não pode ser ignorada pelo intérprete quando da busca do sentido, pois este é vazio e infértil quando se ignora o contexto em que vai ser aplicado.

Castanheira Neves Concluindo sobre o uso da linguagem na atividade hermenêutica diz que

(...) a significação revela-se afinal uma determinação intersubjetiva e institucional-contextualmente comunicativa (portanto, numa relação não já

¹⁴¹ Não se trata aqui do estabelecimento de um distanciamento entre a sociedade e o Estado, como outrora fora corrente no Liberalismo, mas de uma concepção onde se percebe uma aproximação e até uma interpenetração, como menciona Bonavides. BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 476.

¹⁴² Botelho, nesse sentido, leciona não haver distinção entre esse tipo de interpretação e a mutação constitucional, salvo se esta for considerada como um produto daquela. A autora também não distingue a interpretação evolutiva da interpretação construtiva. BOTELHO, *ob. cit.*, p. 28-29.

¹⁴³ CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2010, p. 196.

de sujeito-objeto, mas de sujeito-sujeito), que nessa sua comunicativa intencionalidade é constitutivo-compreensiva do próprio sentido¹⁴⁴.

Trata-se de se considerar a dimensão política de uma constituição como fator preponderante no estabelecimento da norma. É exatamente esta dimensão que é capaz de conferir mobilidade e permanência ao texto constitucional em um aparente paradoxo. A mobilidade indica a condição de adaptabilidade da norma constitucional face à evolução social; já a permanência liga-se ao fato de que o texto não precisa ser alterado para que a disciplina constitucional estabelecida pelo constituinte originário e positivada em um texto permaneça aplicável às situações futuras, extraíndo-se dele o sentido regrador do Estado e da sociedade.

Consequentemente, a consideração da realidade no processo interpretativo revela um alargamento dos “sujeitos hermenêuticos”¹⁴⁵. Com Häberle temos a referência à passagem da sociedade fechada dos intérpretes da constituição para a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, que permite identificar o pluralismo constitucional, o qual nasce do “jogo alternativo do dissenso e do consenso”¹⁴⁶.

2.3. Considerações sobre os métodos de interpretação

Neste ponto, de forma sucinta, ofere-se uma rápida menção, mas necessária, sobre os métodos utilizados pelos intérpretes. Não serão abordados especificamente todos os métodos trazidos em doutrina, uma vez que tal consideração desbordaria ao tema do trabalho, porém é preciso considerar que o método utilizado pelo intérprete redonda numa maior ou menor formação de consenso em torno da norma. Por isto a abordagem se torna necessária, ainda que superficial.

É preciso dizer, de início, que os sopesamentos referidos no item anterior não têm por objetivo justificar uma total liberdade ao intérprete do texto constitucional e do aplicador do Direito, há que se considerar que o Direito, para ser funcional, deve

¹⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, A., *O Actual Problema Metodológico – da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra. S.d., p. 59.

¹⁴⁵ BOTELHO, *ob. cit.*, p. 26.

¹⁴⁶ HÄBERLE *apud* BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 514.

ser capaz de garantir o mínimo de segurança às pessoas, no sentido de que as normas regentes da sociedade sejam social e potencialmente conhecidas ou “conhecíveis”.

Daí não se pode dizer que todo e qualquer sentido capaz de ser retirado de um texto, apesar de passível de eventual aplicação, deve ser verdadeiramente aplicado em concreto.

O desvendar desta norma deve ser guiado pelo uso de métodos adequados. No entanto, haveria de se ponderar sobre a existência do método ideal, aquele condutor da certeza e segurança.

Didaticamente, a doutrina distingue as espécies de interpretação quanto às fontes da interpretação, ou seja, quanto aos sujeitos que interpretam, quanto aos meios empregados na interpretação e quanto aos resultados alcançados. No primeiro caso temos a interpretação autêntica, a interpretação judiciária e a doutrinária. Quanto aos meios, há a interpretação gramatical, lógica e analógica. No que diz respeito à última classificação, encontramos a interpretação declarativa, a extensiva e a restritiva¹⁴⁷.

A partir do desenvolvimento desses métodos clássicos, surgiram outros, tais como o lógico-sistemático, o histórico-teleológico e a escola pura do direito¹⁴⁸.

O advento de novos métodos não implica no abandono dos métodos clássicos. No entanto, o surgimento destes novos métodos permitiram às constituições rígidas maior adaptação às alterações políticas sociais, posto que pela dificuldade que apresentam aos procedimentos formais de mudança constitucionais, logo estariam distanciadas da sociedade que pretendem regular. Com os métodos modernos mais maleáveis¹⁴⁹ surgem novas possibilidades de interpretação e aplicação.

Ao confrontar estas variadas opções, a doutrina tem apresentado vacilações sobre o método mais apropriado. Podemos encontrar desde aqueles que apregoam o uso de um método específico – encontra nesse campo a posição de Savigny - àqueles que indicam a utilização de todos indistintamente¹⁵⁰. Porém, do embate entre essas posições pode-se concluir pela inexistência de um método perfeito. Todos são idôneos a apresentar uma interpretação passível de aplicação.

¹⁴⁷ BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 438- 444.

¹⁴⁸ *Idem. Ibidem*, p. 445.

¹⁴⁹ *Idem, Ibidem*, p. 458.

¹⁵⁰ *Idem. Ibidem*, p. 456.

O que vale levar em conta durante o processo interpretativo é a vivência social, a consideração de que o Direito não se apresenta estático. Deve-se ter presente o fato de que, como produção cultural, o Direito se modifica com a sociedade, é fenômeno em constante ebulição. No campo específico do Direito Constitucional este evento ressoa com mais força, devido à eminente politicidade de suas normas.

2.4. A evolução social e normativa e os agentes ativos da interpretação

Em sua tarefa, o hermeneuta não pode prescindir de uma acurada observação do social. É na sociedade que encontramos o nascedouro do Direito e, portanto, tê-la em atenção não é nada mais que o fundamental.

Especial cuidado de tratamento exige a análise da sociedade brasileira. Isto porque a nossa formação propiciou uma heterogeneidade ímpar. A esse fator soma-se a consideração do momento histórico contemporâneo.

As inovações tecnológicas, o desenvolvimento das comunicações, o mercado globalizado, o controle inflacionário são fatores que muito fortemente têm influenciado mudanças no comportamento da sociedade brasileira, permitindo o surgimento do que Baumann nomeia de sociedade de consumidores¹⁵¹, sucessora da sociedade industrial, e que altera os valores existentes na sociedade ou agregam outros antes não verificáveis.

Estes elementos condicionam a forma de se comportar, e de pensar em sociedade, e mais, provocam alterações profundas no sentimento do correto, do justo, do legítimo.

Não se pode passar desatento a estas transformações durante o processo hermenêutico sem que ocorram sérios prejuízos. O prejuízo mais imediato a ser verificado diz respeito à própria efetividade da constituição, e com isso à função de pacificação apresentada pelo Direito. Tal atitude cria um espaço entre a norma, resultado da interpretação, e o contexto social, o que gera a inaplicação e o

¹⁵¹ BAUMAN, Zigmunt. Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 76.

surgimento de elementos de crise¹⁵². Assim, a correspondência entre o texto constitucional e a sociedade deve existir sempre, seja através dos processos de reforma constitucional seja por meio de processos informais.

O distanciamento entre o que se chama de constituição social e a denominada constituição política, ocasiona o hiato constitucional, com as consequências já referidas. A via hermenêutica se apresenta então como uma via suave para essa alteração informal, sem apresentar os percalços da tramitação de emendas à constituição.

Por outro lado, embora sujeita às mudanças da sociedade, temos que considerar que uma dada constituição é também um ato de escolha de um povo para a criação de uma realidade a ser projetada no futuro. Isto significa que não estamos em uma via de mão única, onde a sociedade unilateralmente modifica a constituição, mas é modificada por ela em um processo contínuo e uniforme, dada a escolha de elementos axiológicos pelo constituinte originário. Estes elementos são elevados à categoria de princípios constitucionais, os quais nada mais são que princípios políticos retirados do seio da sociedade e que, com isso, são contemplados com a qualidade de juridicidade.

Ao tratar do caráter político da norma constitucional, aconselha Bonavides

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há acompanhá-la.

Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais preciso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis¹⁵³.

Esse entendimento é fator fundante da concepção que torna efetiva a participação ativa de diversos atores no processo de construção da constituição. Se a constituição não é aquela que recebeu esta qualidade do constituinte do passado, então será aquela que foi percebida no presente.

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 459.

¹⁵³ BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 461.

Assim, é que Härbele indica a necessidade de uma interpretação constitucional mais democratizada:

(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição¹⁵⁴.

A ideia de que a constituição liga-se a um procedimento o qual visa à legitimá-la perante a sociedade a que se destina, só pode ser recepcionada a partir da compreensão de que a constituição é uma obra inacabada e que, constantemente, é construída, de forma permanente, pelos destinatários da norma constitucional.

Assim, a via procedimental legitimadora de uma ordem constitucional nasce vinculada à opção feita pelo constituinte em favor do Estado Democrático de Direito, ao qual cabe compor interesses públicos, individuais e coletivos, pois, segundo Guerra Filho

(...) representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de sua concretização podem chocar-se, por exemplo, a segurança jurídica (= respeito à legalidade) e a igualdade perante a lei, valores associados ao Estado de Direito formal, com a segurança e igualdade das situações em que encontram inseridos os indivíduos na sociedade, a qual pretende ser democrática (...) ¹⁵⁵

Mais a frente o autor justifica seu posicionamento

(...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (...) para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando, nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (Vorinterpretieren). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação (...) tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação sem o cidadão ativo e sem as potências pública mencionadas¹⁵⁶.

¹⁵⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

¹⁵⁵ GUERRA FILHO, *ob. cit.*, p. 157.

¹⁵⁶ *Idem, Ibdem*, p. 14.

Assim, sobreleva-se o caráter político da norma constitucional, o qual não pode passar despercebido pelo intérprete sob pena de perda da condição de aplicabilidade da norma. Por outro lado, vincula o intérprete à condição imposta pela vivência social, não podendo se afastar das orientações hermenêuticas dadas por ela.

Dentro desta perspectiva, destaca-se a interpretação orientada para a consecução dos desígnios democráticos, e não é só, merece destaque a compreensão do intérprete democraticamente estabelecido. Não se entenda que se tem por bastante a fixação da atividade interpretativa de uma constituição por meio de um procedimento que garanta legitimidade a um único órgão ou pessoa, mas que franqueie a condição de intérprete a outros setores e integrantes da sociedade, abrindo o leque de entes, órgãos e pessoas legitimadas a esta atividade.

Dito de outro modo, numa sociedade democraticamente estabelecida a atribuição de intérprete da constituição não recai, de modo exclusivo, sobre os ombros de uma única autoridade legitimamente investida da função, mas é disseminada na sociedade que é a destinatária das normas constitucionais.

No entanto, apesar das advertências doutrinárias, a prática tem demonstrado uma desídia em relação à estabilidade do texto constitucional. O ato de interpretar, em alguns casos, tem-se transmudado da busca do significado da lei para a busca da simples vontade de quem interpreta. A plasticidade característica dos métodos modernos tem sido correntemente confundida com a insegurança e instabilidade nas decisões.

Isto representa mais que uma mudança de conceitos, representa um afastamento dos ideais coletivos e um breve retorno ao espírito anterior, até, ao Liberalismo.

2.5. Novas perspectivas acerca do conteúdo normológico dos princípios

As considerações feitas acima indicam a necessidade de tratamento diferenciado em relação à atividade de interpretação do texto constitucional, em virtude da

supremacia da Constituição e a exigência de efetivação dos direitos nela assegurados, não se pode pretender excluir condições operativas da norma constitucional.

Se o posicionamento da Constituição dentro de uma teorização normativa se deu em virtude das expectativas geradas pelo conteúdo expresso em seu texto, não mais se torna viável o entendimento no sentido de que a constituição serve tão somente de orientação a ser observada quando da realização de atividade com conotação social.

As transformações pelas quais passaram os Estados demonstram que o não oferecimento de soluções adequadas à materialização de ditames constitucionais provocaram momentos de insatisfações geradores de profunda crise.

Os postulados do Estado Democrático, do Estado Social e do Estado Constitucional devem funcionar como molas propulsoras de uma atuação efetiva, buscando contribuir para a realização e promoção do bem comum. Todavia, a consagração do bem coletivo não permite o esquecimento do indivíduo.

A sociedade de consumidores o reconhecimento de direitos coletivos e difusos não exclui a atenção a ser dispensada aos direitos de primeira e de segunda geração. Os ganhos devem ser acrescidos e não esquecidos.

Diante dessas premissas, a efetivação dos direitos fundamentais atravessa necessariamente aplicação de normas de natureza principiológica. Tema este já tratado nos pontos anteriores, parece não haver mais considerações a fazer acerca da incidência dos princípios dentro da ideologia neoconstitucionalista. Contudo, cabe, por ora, reforçar uma advertência no sentido de que o conteúdo aberto do princípio não permite compreendê-lo como qualquer conteúdo.

A advertência é oportuna na medida em que se observa, para usar uma expressão de Neves, a "rotinização" e a "trivialização" dos princípios por parte dos órgãos do Judiciário. Quer dizer com isso que existe o risco de se fazer uso banalizado dos princípios, o que pode levar a duas consequências mais imediata: a) o abandono das disciplinas normativas menos amplas, o que afetaria a segurança; b) a apropriação por setores da sociedade do conteúdo dos princípios, o que contribuiria para a manutenção da crise constituinte.

Colaciono, então, a advertência de Neves

Por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de

regras claras e “completas”, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade. Isso tudo, parece-me, em detrimento de uma concretização jurídica constitucionalmente consistente e socialmente adequada¹⁵⁷.

Sobre o tema, pontua Botelho a seguinte consideração:

(...) Seria aconselhável que o Supremo tribunal Federal tivesse maior cautela ao decidir determinados casos cuja solução seria satisfatoriamente minimalista, evitando, desnecessárias invocações de princípios e discussões profundas e freando, inclusive, a tentação de editar súmulas vinculantes demasiadamente amplas e não antecedidas do requisito de reiterados precedentes, pretendendo solucionar, de pronto, questões complexas. Noutras palavras, às vezes Sunstein tem razão e basta decidir um caso de cada vez. Mas, quando isso não for possível e o julgamento efetivamente demandar discussões amplas e principiológicas, especialmente quando em jogo direitos essenciais à democracia como a liberdade de expressão e a proteção de minorias, o receio de backlash não pode obstar tais decisões, devendo esse exame ser feito caso a caso¹⁵⁸.

Destarte, embora os princípios se apresentem como uma inovação no processo hermenêutico constitucional, o seu emprego não é isento de contraindicações. O uso desarrazoado dos princípios provoca, como apontado, sérias consequências para o Estado e para a Democracia, devendo-se manter cautela quanto à sua utilização.

2.6. A mutação constitucional como fenômeno de integração político-social

A leitura de uma obra literária não pode ser feita sem um referencial de época, exige-se, então, certo esforço do leitor para compreender as razões, as paixões, os pensamentos e atitudes dos personagens envolvidos na trama e até as reações provocadas pelos leitores nas diferentes épocas e lugares. Deste modo, o livro “Dom Casmurro”, de Machado de Assis, é contextualizado durante o Segundo Império, devendo o leitor se prender ao padrão moral da época para entender a crítica feita pelo autor à sociedade pretérita.

¹⁵⁷ NEVES, Marcelo. Abuso de Princípios no Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal (acesso em: 20/11/2012)

¹⁵⁸ BOTELHO, *ob. cit.*, p. 102.

Johan Wolfgang Von Goethe pode ser igualmente utilizado como exemplo deste exercício de compreensão. O autor da obra romântica “Os Sofrimentos do Jovem Werther” teve seu livro proibido em muitas regiões da Europa, devido aos inúmeros suicídios imitativos ocorridos em decorrência da leitura do livro. De certo, para entendermos os motivos dessa tragédia, é preciso jogar luz sobre a sociedade da época para enxergarmos os sentimentos e valores europeus do século XVIII.

Embora possamos fazer releituras de obras literárias e adaptá-las para a atualidade, tais obras só permitem ser bem compreendidas se contextualizadas na época em que se concebeu o texto, mesmo que se buscasse confrontar a tese com menção aos livros de ficção que se reportam ao futuro, esses só são compreendidos dentro da visão presente, no tempo em que foram escritos. As adaptações e releituras mencionadas só são alcançadas pela alteração do próprio texto, posto que, muitas vezes, até o uso da língua não mais guarda congruência com a atualidade.

Semelhantemente ao texto literário, a compreensão de um texto normativo também exige esforço para o entendimento de uma dada realidade social, todavia, tal esforço deve ser direcionado à percepção dos valores da sociedade atual, muito embora o texto possa ter sido escrito em época distinta. Cite-se para exemplificar o Código Comercial de 1850, ainda parcialmente em vigor.

Como forma de manipulação ideológica da realidade, o positivismo utilizou o Direito para assegurar a ocultação dos conflitos sociais existentes à época da ascensão burguesa, apresentando a procedimento subsuntivo com capaz de revelar o “sentido real” da lei, a “verdadeira norma”. O advento da necessidade do reconhecimento de textos escritos visava à contrariedade ao *Ancien Régime*, posto que assim servia à limitar o arbítrio por parte do Estado. O juiz servia ao propósito na medida em que apenas reiterasse a disposição normativa quando da aplicação da lei ao caso concreto (*la bouche de la loi*), portanto, apresentava-se o magistrado sob o manto da neutralidade diante do caso.

A superação deste momento deve levar em consideração a diferenciação entre norma e o texto. Esta afirmação já é bastante para o entendimento de que a superação do positivismo não implica na exclusão do direito positivado, mas liga-se ao

abandono de que a norma é encontrada diretamente no texto normativo, como se houvesse uma completa separação entre o dever-ser e a realidade¹⁵⁹.

Considerando a relação estabelecida entre norma e texto, Cambi reúne as seguintes ideias

(...) há textos normativos (dispositivos ou prescrições) que contêm mais de uma norma (v.g. o art. 150, I, da CF, ao dispor sobre a legalidade tributária, prevê uma permissão para a regulação da matéria tributária, uma proibição para que outras fontes regulem essa matéria e, ainda, outra proibição de delegação normativa); ii) há textos cujo conteúdo é equívoco, dependendo de mais de um dispositivo para terem significado (v.g., o art. 41 da Lei 11.340/2006 afirma que, nos casos de violência doméstica, não se aplica a Lei 9.099/1995; logo, o crime de lesões corporais nesses casos – art. 129, § 9º, CP -, mesmo que leves ou culposas, não estão sujeitas à representação, tal como exige o art. 88 da Lei 9.099/1995); iii) há textos dos quais não pode resultar nenhuma norma (v.g., o preâmbulo da CF prevê a expressão “sobre a proteção de Deus”); iv) há normas que não resultam de nenhum dispositivo específico, estando implícito no sistema jurídico (v.g., os postulados da proporcionalidade e da concordância, os princípios da confiança e da previsibilidade) ou dependendo de algum mecanismo de integração normativa (v.g., analogia); v) há normas que são constituídas a partir de vários textos (v.g., o princípio da segurança jurídica resulta de outros que garantem a legalidade, a irretroatividade e anterioridade)¹⁶⁰.

A interpretação é o caminho adequado para encontrar as possíveis significações para um texto normativo em análise, sendo o texto tão só uma referência tomada no processo de identificação da norma.

Em conformidade com o que foi exposto em tópico anterior, a constituição apresenta circunstâncias especiais que individualizam a hermenêutica constitucional. Por sua colocação do sistema normativo, pela natureza política de suas normas, pela sua relevância há de se ter atenção especial para o alcance e abstração do texto constitucional. Além disso, a existência do carácter principiológico que se manifesta em muitas de suas normas permite uma leitura aberta da constituição, isto é, as normas não são definidas especificamente quanto ao conteúdo, o que vai requerer uma análise valorativa do caso concreto para a sua definição.

Por tudo isso, a análise do texto constitucional se volta para o presente, mas sem se descuidar do futuro. O passado nos serve de referencial importante e que nos auxilia ao permitir uma análise comparativa dos motivos determinantes da feitura do

¹⁵⁹ CAMBI, *ob. cit.*, p. 84.

¹⁶⁰ CAMBI, *ob. cit.*, p. 85.

texto e se estes mesmos motivos mantêm-se existentes ou sofreram alguma transformação. Isto acontece porque a norma constitucional é, também, fruto da manifestação de pulsões sociais, o que demanda o conhecimento dos fatores que operacionam mudanças sociais.

Nesta contextualização e como fato consequencial destas considerações não é difícil perceber que as significações próprias de um texto normativo, em particular, o texto constitucional, podem ser suprimidas, alteradas ou acrescidas de outras significações, sem que, para tanto, haja a necessidade de alteração do próprio texto, permanecendo este imutável quanto à sua expressão escrita.

Este processo implica em verdadeira mudança constitucional sem a necessária sujeição a um prévio procedimento formal e solenemente estabelecido. Este processo informal tem se apresentado sobre as mais diversas denominações, como anota Ferraz¹⁶¹. Contudo, para que possamos caminhar no trabalho sem maiores preocupações quanto à nomenclatura do fenômeno, teremos em consideração a expressão consagrada pelo uso corrente em doutrina – mutação constitucional.

2.6.1. A constituição como documento vivo

Basicamente as normas podem se reportar a dois tipos de situações e, deste modo, podemos conceber as normas que visam a disciplinar uma atividade técnica e, por isso, têm como principal função estabelecer parâmetros aplicáveis invariavelmente a toda e qualquer ocorrência por ela prevista; já outras implicam na disciplina de atuação das pessoas no exercício de uma atividade não, necessariamente, técnica, mas que conduzem a uma preocupação primordial com as relações intersubjetivas.

No primeiro grupo temos as normas técnicas; no segundo, as normas de conduta. As normas técnicas apresentam, por conta de seu objeto, maior grau de imutabilidade, ou autonomia, face aos processos de transformação social. Os casos

¹⁶¹ A professora Anna Cândida da Cunha Ferraz estudando o fenômeno, identificou algumas das várias nomenclaturas atribuídas pelos autores: processos oblíquos, processos não formais, processos de fato, revisão informal, mudança material. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição, São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 12.

regulados por ela são, ao menos em regra, os chamados casos fáceis, que permitem a aplicação da norma através do fenômeno subsuntivo, ou seja, estabelece-se uma relação lógico-silogística.

Por seu turno, as normas de conduta, por se disporem a regular as atitudes do Estado e de seu povo, estão condicionadas pelos influxos sociais que mantêm constante interação de trocas recíprocas. Aqui, a atividade de interpretação se torna mais complexas, face à riqueza de situações reais que podem surpreender o intérprete, exigindo esforço e atenção.

As normas constitucionais pertencem ao segundo grupo. No entanto, isto não autoriza a concluir que a instabilidade seja a característica marcante destas. A estabilidade constitucional é sua nota característica, pois esta estabilidade é aferida em relação às instituições¹⁶² que as normas vêm a regular, posto que, por definição, a constituição consubstancia a estrutura fundamental de um Estado, a qual se presume estável¹⁶³.

Assim compreendida a questão, parece que a constituição pressupõe abrigar um aparente paradoxo ao se estabelecer uma relação de coexistência entre a estabilidade constitucional e a mutabilidade constitucional. A consideração de que esta relação é aparentemente paradoxal se dá a partir da compreensão de que a estabilidade advém da necessidade de segurança jurídica e que redundará no advento das constituições rígidas, assim classificadas devido à maior dificuldade para sua alteração, em virtude do estabelecimento de procedimentos mais rigorosos de alteração do texto constitucional. Por outro lado, há que se considerar a advertência feita no início deste tópico no sentido de que a leitura de um texto constitucional não deve ser realizada do mesmo modo que se lê um texto literário. Em atenção ao fato de que a constituição deve ditar normas passíveis de regência de um dada sociedade, não se pode descuidar do acompanhamento da ordem social e suas alterações para que se possa manter a norma suprema em condições de aplicabilidade.

¹⁶² O conceito de instituição tem em si a ideia de estabilidade, conforme definida por Fichter. Assim, instituição é "Estrutura relativamente permanente de padrões, papéis e relações que os indivíduos realizam segundo determinadas formas sancionadas e unificadas, com o objetivo de satisfazer necessidades básicas." FICHTER *apud* LAKATOS, Eva Maria *et* MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia Geral*, São Paulo, 2010, p. 168.

¹⁶³ FERRAZ, *ob. cit.*, p. 5.

A dissonância extrema da essência de uma norma constitucional com as referências de natureza social e política cria um deslocamento do eixo de incidência da norma, o que dificulta a sua concretização. Isto leva a crer que não se possibilita condições de aplicabilidade à norma constitucional, estabelecendo fixos referenciais, inamovíveis por quaisquer processos hermenêuticos.

Deve, portanto, cuidar o intérprete de ter em atenção a cambiante realidade social e a estabilidade constitucional. Sobre este aspecto encontramos em Botelho a seguinte passagem

Incide, aqui, a combinação entre as Constituições formal e material, defendida pela perspectiva científico-cultural de Häbele, de maneira que a Constituição, inserida numa relação de tempo e espaço, deve ser interpretada não apenas como um texto jurídico voltado para juristas, mas como parte do contexto cultural de seu povo, servindo de guia para cidadãos e grupos. Essa interpretação constitucional, que resulta num processo aberto, atento às exigências da sociedade e que dedica especial atenção aos sujeitos que intervêm nesse processo histórico, garante que a Constituição seja expressão de uma situação cultural dinâmica¹⁶⁴.

Assim a constituição deve evoluir, no sentido de ser capaz de superar um estágio anterior, para a perfilar parâmetros de comparação com a sociedade. Dentro deste envolvimento encontramos o conteúdo principiológico de muitas das normas constitucionais. A compreensão axiológica das normas constitucionais permite uma abertura comunicativa com a sociedade, atestando a evolução da própria constituição. É nesse sentido que se afirma que a constituição vive, à semelhança de um organismo biológico, com a particular expectativa de perpetuidade que a faz diferenciar deste.

Esta perspectiva está presente já algum tempo nas discussões do direito norteamericano em face da sua Constituição possuir um texto mais enxuto. Balkin, equiparando, o *Living Constitutionalism* com a construção constitucional, assim se expressa:

Nós precisamos de construção em duas situações. A primeira é quanto os termos da Constituição são vagos ou silentes sobre uma determinada questão e para aplicá-los, temos que desenvolver doutrinas ou aprovar leis para fazer as palavras concretas ou preencher as lacunas. A segunda é quando precisamos criar leis ou edificar instituições para cumprir os

¹⁶⁴ BOTELHO, *ob. cit.*, p. 12.

propósitos constitucionais. Ambas as práticas são o trabalho do *living constitutionalism*¹⁶⁵.

Cabe, contudo, estabelecer a distinção entre interpretação e construção constitucional, sendo esta espécie daquela, mas acrescida do uso de elementos extrajurídicos ou metajurídicos¹⁶⁶ (princípios e fatos alheios ao texto), permitindo ao intérprete adaptar o texto constitucional à realidade subjacente.

O reconhecimento do conteúdo principiológico das normas constitucionais, aliado ao reconhecimento do caráter normológico dos princípios, supera a tradicional feição que apresentava a constituição, concebida como mero conjunto de disposições sem cogência aplicativa.

A textura aberta de conteúdo axiológico permite o enfretamento da multiplicidade das realizações sociais sem que se force uma positivação de uma norma sempre que uma nova e rica situação se fizer nascer. Tal permeabilidade social fornece ao aplicador elementos que sintetizam a expressão constitucional do consenso na aplicação da norma.

O princípio é colocado estrategicamente como elemento de identificação social. É comum, na construção doutrinária, a identificação de três funções principais dos princípios: a) a função de servir ao legislador para a confecção das normas; b) a função de servir ao intérprete para a compreensão da norma, já que lhe serviu de inspiração; e c) a função de integração do sistema, na hipótese de lacuna na lei, pois não seria o legislador capaz de prever todas as regras a serem implementadas. Contudo, é pertinente a menção de que todas essas funções advém de uma função maior reconhecidas aos princípios, consistente na função de qualificar uma dada realidade jurídica, isto é, através do conhecimento dos princípios regentes em uma sociedade é possível conhecer essa mesma sociedade, posto que se indentificam os valores retores que a dirigem. A qualificação se consolida por meio da equiparação desses princípios, diga-se valores de cunho político-sociais, à condição de

¹⁶⁵ BALKIN, Jack M. *Framework Originalism and the Living Constitution*. Disponível em: <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v103/n2/549/LR103n2Balkin.pdf> (acesso em: 28/06/2012) – tradução livre.

¹⁶⁶ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*, São Paulo, 2009, pp. 131-132.

orientadores do ordenamento. Jurifica-se, assim, aquilo que existe independente de um ordenamento juridicamente organizado, posto que social.

A particular importância dos princípios na constiuição é percebida por meio da comparação com as normas infraconstitucionais, onde há uma maior preocupação com a criação de normas que, muitas vezes, expressem a origem principiológica, visam à descrição de condutas, hipóteses de incidência ou tipificações, descendo a pormenores que se afastam da abertura oferecida pelo princípio e, por seu turno, se aproximam do caso a ser disciplinado por meio de restrição de conteúdo.

Nos textos infraconstitucionais vamos encontrar, por conseguinte, uma menor permeabilidade, comparativamente como a constituição. Indentifica-se maior número de normas que são expressões de princípios, ou seja, normas para cuja positivação o princípio fundamenta a sua confecção.

No que diz respeito ao texto constitucional, podemos encontrar uma maior proporção de normas que, embora sem conteúdo preciso, deixam de ser expressão do princípio para reconhecer-lhe a existência. Exemplo marcante deste entendimento é o disposto no artigo 37 *caput* da Constituição, o qual estabelece para a Administração Pública em geral a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sem qualquer referência expressa ao conteúdo desses princípios, os quais devem ser encontrados em interrelação com a sociedade.

Não se quer dizer com isto que os textos infraconstitucionais não esposem, por vezes, a mesma conformação normativa, mas acontece que dada a posição topográfica da constituição e a natural restrição à sua extensão, naturalmente são encontradas disposições que, quando não referenciam um princípio, são manifestações diretas deles. Ainda que se considere a existência de constituições extensas, a exemplo da brasileira, o número de disposições é comparativamente menor em relação aos principais subsistemas legais.

Deste modo, a partir da observação de fatores sociais e dos princípios constitucionais é possível estabelecer uma sensível interação sob o binômio sociedade-constituição, o que possibilita a identificação de um permanente sistema de atualização do texto constitucional.

No que diz respeito à alteração da disciplina constitucional ela pode ser promovida de dois modos. Primeiramente, temos a descrição de um procedimento

previamente estabelecido na própria constituição para a sua modificação. No caso da constituição brasileira essa alteração encontra limitações, em sua maioria, expressas no próprio corpo da Constituição. Em um segundo momento, e em decorrência do que agora apuco foi tratado, identificamos a existência de um procedimento não construído de forma prévia e não disciplinado em lei, a já referida mutação constitucional.

A alteração formal da consituição deve ser reservada para os casos em que a inadequação do texto não pode ser suprida por outros modos que não reforma textual da constituição. Para os demais casos, onde não é imprescindível a alteração textual, uma vez que a expressão escrita permite o alcance extensivo do significado a partir de novas interpretações, temos a mutação constitucional.

Este procedimento não solene tem apresentado relevância acentuada, devido ao menor desgaste causado à concepção da constituição como um documento permanente. A segurança na manutenção do texto promove a maior estabilidade e segurança no ordenamento constitucional, o qual mais protegido de ingerências promovidas por vacilações e instabilidades de ordem econômicas, políticas e sociais.

Kubliskas resume o pensamento de Jellinek afirmando que se entende por reforma constitucional

(...) a modificação dos textos constitucionais produzidas por ações voluntárias e intencionadas e por mutação constitucional a modificação que deixa indeme seu texto, que se produz por fatos não acompanhados pela intenção ou consciência de tal mutação (...) ¹⁶⁷.

Todavia, esta ideia representa um momento inicial da identificação do fenômeno de mutação constitucional, de forma que se apresenta extremamente ampla, o que lhe confeirou severas críticas doutrinárias, na permitindo estabelecer, conforme Urritia, diferenças entre “o desenvolvimento constitucional, a mudança informal da Constituição e a transgressão e negação da Constituição” ¹⁶⁸.

O conceito restrito de mutação constitucional vem a ser identificado a partir do desenvolvimento das técnicas de controle de constitucionalidade e o reconhecimento

¹⁶⁷ KUBLISCKAS, *ob. cit.*, pp. 70-71.

¹⁶⁸ URRUTIA, Ana victória Sánchez *apud* KUBLISCKAS, *ob. cit.*, p. 76.

de que a constituição consubstancia regra jurídica¹⁶⁹. Assim, passam-se a serem reconhecidos limites à mutação constitucional.

Não é possível identificar o preciso momento em que ocorre a mutação constitucional, uma vez que é um processo se mostra lento e gradual, sendo verificado ao longo do tempo, mas capaz de conferir um novo significado ao texto. Com razão observa FERRAZ que a mutação constitucional é uma realidade na vida dos Estados que não pode ser ignorada. A autora, citando Meirelles Teixeira, arremata o seu entendimento, dizendo ser a mutação constitucional a

(...) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações 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 diversas¹⁷⁰.

Kublisckas conceitua a mutação constitucional como sendo

O fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e/ou da integração pelos costumes, alteração no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo programa normativo, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco o seu espírito¹⁷¹.

No entanto, é preciso alertar para a existência de uma referência institucional presente na constituição o qual serve de lente para visualizar e valorar os estímulos sociais de modo a preservar a sua permanência. Assim, se é certo que a interpretação do texto constitucional recebe as influências do meio social subjacente, se faz premente a consideração do papel da constituição como filtro axiológico a condicionar essa mesma sociedade, atuando, deste modo, como “agente de mudança

¹⁶⁹ KUBLISCKAS, *ob. cit.*, p. 76.

¹⁷⁰ FERRAZ, *ob. cit.* p. 09.

¹⁷¹ KUBLISCKAS, *ob. cit.*, p. 78.

social”¹⁷². A influência produzida pela constituição representa a função de manutenção da unidade e coerência intestina do sistema constitucional.

Essa relação entre a estabilidade e a mudança constitucional, ou como preferem alguns, a relação entre dinâmica e estática constitucional, é aferível em qualquer ordenamento jurídico positivado¹⁷³.

O reconhecimento da mutação constitucional desperta, de início, a perquirição sobre o seu fundamento. Doutrinariamente, faz-se referência ao chamado poder constituinte difuso. Essa expressão cunhada por Burdeau remete a uma espécie de Poder Constituinte que permanece latente e que diferencia-se das demais espécies por não ser juridicamente organizado. Este Poder dito inorganizado visa

(...) complementar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado.

É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita¹⁷⁴

Embora o exercício desse Poder não encontre expressa previsão na constituição, acentua-se que não se trata de um poder ilimitado, que, como tal, mantém-se contido. Porém, há que se referir que suas limitações são bem mais restritas do que aquelas impostas ao constituinte derivado, uma vez que este deve atender os requisitos estabelecidos no próprio texto fundamental. O poder constituinte difuso, por outro lado, não encontrando limitações taxativas, restringe-se à observância de restrições logicamente estabelecidas. Assim, preliminarmente não se poderia conceber um poder implícito com o mesmo alcance do poder constituinte originário. Em segundo, por nascer de modo implícito não pode alterar a “letra e o conteúdo expresso da Constituição”¹⁷⁵. Ao se carecer de alteração do texto, deve-se seguir o rigoroso procedimento traçado na constituição, ou seja, observa-se o processo de produção de emendas à constituição.

¹⁷² BOTELHO, *ob. cit.* p. 08.

¹⁷³ FERRAZ, *ob. cit.*, p. 05.

¹⁷⁴ FERRAZ, *ob. cit.*, p. 10.

¹⁷⁵ *Idem. Ibidem*, p. 11.

Em síntese, o cuidado com a normatividade da constituição deve ser revelador da preocupação com a manutenção da sua força normativa, uma vez que o desrespeito dessa normatividade representaria ofensa à força normativa¹⁷⁶, e sinalizaria para um aumento da crise constitucional e, conseqüente, instabilidade das instituições pela ausência de legitimidade.

Disto resulta a identificação das chamadas mutações inconstitucionais, implicando em contrariedade com o diploma constitucional ao desconsiderar os limites igualmente implícitos ao seu exercício. Há, ainda, outras modalidades de processos informais que conduzem à inconstitucionalidade e que consiste na tentativa de obstacularizar a aplicação da constiuição¹⁷⁷.

2.6.2. Espécies de mutação constitucional

Sem embargo das outras classificações apresentadas pelos demais autores, prefere-se a opção de reduzir qualquer discussão a respeito do assunto simplesmente adotando-se a classificação proposta por Ferraz¹⁷⁸.

Por conseguinte, temos que a mutação constitucional pode ser categorizada quanto aos processos de mutação acomodados sobre a designação interpretação constitucional e os costumes constitucionais.

A interpretação constitucional pode ser verificada por meio de suas subespécies: a legislativa, a administrativa e a judicial¹⁷⁹. Estas espécies de interpretação também é conhecida como interpretação orgânica, uma vez que é realizada pelos órgãos do Poder Público encarregados de concretizar e aplicar as normas constitucionais¹⁸⁰.

Por meio da interpretação constitucional legislativa o órgão legislativo oferece aplicação à constituição. Ao receber desta a atribuição para complementá-la

¹⁷⁶ BOTELHO, *ob. cit.*, p. 35.

¹⁷⁷ *Idem. Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁸ *Idem. Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁹ É possível mencionar outras formas de mutação constitucional, tais como a autêntica, a popular e a doutrinária, porém, estas formas pouco contribuem como processos informais de mutação constitucional. Para um melhor aprofundamento consultar FERRAZ, *op. cit.* pp. 165 s.

¹⁸⁰ KUBLISCKAS, *ob. cit.*, p. 120.

diretamente, qualquer órgão ou sujeito emite comando normativo detalhado sobre determinada matéria¹⁸¹.

Acerca desta espécie de interpretação, Kubliskas relaciona as hipóteses que dão azo a esta atividade, quando o constituinte deixa ao legislador ordinário a função de:

(...) (i) complementar o sentido da norma constitucional; (ii) precisar ou desenvolver o conteúdo do preceito, situação ou conduta fixada pelo texto constitucional; (iii) formular requisitos, indicar condições, propor alternativas para condutas, comportamentos ou situações previstas na norma constitucional; (iv) estabelecer programas concretos visando o cumprimento efetivo de pautas positivadas no texto constitucional; e, (v) precisar o sentido dos elementos de contenção que limitam ou condicionam a eficácia da norma constitucional¹⁸².

Esta relação permite concluir que as normas que mais permitem a incidência desse tipo de mutação são as normas constitucionais de eficácia contida e as de eficácia limitada, dada a possibilidade de complementação legislativa.

Deste modo, é possível que pela via legislativa ocorra alteração dos sentidos fixados pela norma constitucional, em atenção às exigências de cunho social distintas daquelas vigentes anteriormente. Também poderá ocorrer mutação constitucional quando “se altera, se amplia ou se restringe o programa apenas esboçado pela norma constitucional” ou se complementa os vazios constitucionais, suprimindo omissões ou esclarecendo obscuridades¹⁸³.

A interpretação judicial é o mais importante e também o mais comum meio realizador da mutação constitucional. Kubliskas indica duas notas características da interpretação judicial:

(a) quanto mais concisa, sintética e genérica a Constituição, mais ampla, profunda e extensa é a atividade interpretativa judicial; e b) quanto maiores as limitações impostas aos poderes constituídos, mais freqüente se apresenta a interpretação constitucional operada pelos tribunais¹⁸⁴.

Ferraz identifica algumas modalidades de interpretação judicial que condicionam a mutação. Assim, pode-se falar em interpretação evolutiva ou adaptadora e adequadora, a qual ocorre quando se procura adaptar ou adequar o

¹⁸¹ FERRAZ, *ob. cit.* pp. 65 s.

¹⁸² KUBLISCKAS, *ob. cit.*, p. 121.

¹⁸³ FERRAZ, *ob. cit.*, p. 92.

¹⁸⁴ KUBLISCKAS, *ob. cit.*, p. 125.

sentido das disposições constitucionais aos novos ditames sociais, políticos e culturais ou, simplesmente, quando se visa resolver obscuridades; em construção jurisprudencial, quando se visa suprir situações não expressamente previstas na constituição, mas garantidas por imperativos lógicos ou pelo próprio sistema; por fim, fala-se em interpretação criativa e analógica nos casos de integração constitucional, em decorrência de lacunas ou omissões¹⁸⁵.

No que diz respeito à interpretação constitucional administrativa sua conceituação é, por vezes, definida por exclusão, toda interpretação constitucional que não fosse legislativa ou judicial poderia ter esta natureza¹⁸⁶. Ferraz amplia o conceito trazido por Héctor Fix-Zamudio, restrito ao Executivo, para alcançar os atos dos demais Poderes¹⁸⁷. Cabe ponderar que a ampliação não deve restringir-se aos Poderes assim constitucionalmente identificados, mas a todos os órgãos com sede constitucional que, para o desempenho de suas funções, necessitem de realizar atos materiais. Deste modo, é razoável incluir órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

Assim, é encontrável esta espécie de interpretação constitucional sempre que os vários sujeitos ou órgãos chamados

a concretizar, integrar e aplicar a Constituição, conduz, permite ou possibilita a transformação de sentido, do significado e do alcance das disposições da Lei Fundamental, amoldando-a a realidades novas, a situações novas, novas necessidades sociais¹⁸⁸.

Os costumes¹⁸⁹, por sua vez, são caracterizados a partir da verificação de práticas reiteradas no tempo e uniformes quanto à sua realização, de modo que passam a valer como norma jurídica em virtude da consciência de sua aplicação. Desta forma, o costume constitucional é compreendido sob duplo aspecto: o aspecto objetivo, o qual remete à constatação de uma reiteração de condutas; e o aspecto subjetivo, consistente na convicção de que tal conduta deve ser obrigatória.

Sua importância frente às constituições formais, escritas e rígidas tem enfrentado divergências doutrinárias, mas em defesa de sua relevância, nesses casos, sobreleva o magistério de Ferraz, cujo entendimento permeia a fundamentação do

¹⁸⁵ FERRAZ, *ob. cit.*, p. 128 s

¹⁸⁶ *Idem. Ibidem.*, p. 148.

¹⁸⁷ *Idem. Ibidem.*, p. 147.

¹⁸⁸ *Idem. Ibidem.*, p. 157.

¹⁸⁹ A doutrina refere-se ao fenômeno com designações variadas – usos, costumes ou práticas – utilizadas como sinônimas.

poder constituinte que não se esgota na produção de uma constituição, porquanto mantém-se latente como poder de reforma constitucional ou sob a forma de poder constituinte difuso¹⁹⁰.

No que concerne à classificação do costume, doutrinariamente, encontra-se referência a três categorias, quais sejam, o costume *secundum legem*, o *praeter legem* e o *contra legem*. O primeiro diz respeito ao costume que está em conformidade com o preceituado pela norma positivada; o segundo, verifica-se no caso de lacuna legal, servindo à integração do direito; o terceiro, por seu turno, é estabelecido em contrariedade ao estipulado pelo ordenamento constitucional.

Singular interesse desperta esta última modalidade, pois que se relaciona ao objeto deste estudo, porém, tem-se, ainda, que se fazer menção que não se incluem nesta categoria apenas os usos e práticas contrários à lei, mas, também, se incluem o desuso, ou seja, a não observância de uma norma legal.

Parece evidente que esta última forma de mutação consuetudinária não vem sendo comumente reconhecida. Isto se deve às implicações relativas à eficácia da norma, evidenciadas pela aceitação comum de uma prática que contraria, na forma ou no conteúdo, uma norma constitucional. Tal bloqueio se dá por não conter os elementos formalmente estabelecidos pelas normas constitucionalmente positivadas para a reforma da constituição, posto que constituído pelo poder difuso.

No que pertine ao desuso consiste este na “inobservância (a) consciente, (b) uniforme, (c) consentida, (d) pública e (e) reiterada, por longo tempo de uma disposição constitucional”¹⁹¹. Este instituto aproxima-se de outra figura igualmente perniciosa que é a inércia constitucional. Contudo, diferencia-se desta na medida que esta visa à não aplicação intencional, porém sem ânimo de definitividade, das disposições constitucionais, cuidando-se de contraposição manifesta e definida. No desuso, não subsistem atos manifestos e definidos contrários à norma constitucional, de modo que a contrariedade se apresenta de modo reflexo, importando em paralisação do uso de uma norma constitucional em caráter definitivo¹⁹².

¹⁹⁰ *Idem. Ibidem.*, p. 183.

¹⁹¹ *Idem. Ibidem.*, p. 234.

¹⁹² *Idem. Ibidem.*, p. 235.

No entanto, cabe referir que ambos, a inércia e o desuso, impulsionam o mesmo resultado. Assim, vêm a se caracterizar como mutações inconstitucionais por desbordarem os limites impostos à reforma da constituição.

2.6.3. Riscos inerentes à mutação constitucional: a desconsideração de limites implícitos

Há que se perceber que a implementação de tais momentos reformistas tem um custo político, principalmente, quando há uma intensa atividade com este direcionamento, pois corre-se o risco de se sacrificar a própria estabilidade assegurada pela constituição.

Não se tem a intenção de levar-se à conclusão de que o processo de mutação é imune a riscos. Aliás se comparado os dois processos de alteração da constituição, o procedimento solene apresenta vantagem quanto à segurança e confiabilidade, posto que deve seguir balizas previamente determinadas e oferecer maior publicidade e, portanto, maior possibilidade de controle.

O processo de mutação constitucional por meio da interpretação, em virtude do fato de ser uma atividade mais flexível, a variar de acordo com o método interpretativo utilizado. Este processo pode promover o exercício desimpedido do poder que buscará se legitimar pela alteração da constituição. Assim, igualmente, podemos ter perigo à estabilidade do sistema constitucional.

Como se percebe não existe processo de alteração constitucional perfeito sob o aspecto da segurança. O que deve ter em atenção é o uso ponderado dos meios disponíveis¹⁹³.

No que pertine ao processo de mutação constitucional é preciso considerar que este é um processo autônomo que independe da vontade do aplicador da lei, pois se é um processo que deve ser reconhecido como anterior ao processo de decisão. A respeito da mutação constitucional por meio da interpretação constitucional, Ferraz relaciona os fatores influentes:

¹⁹³ *Idem. Ibidem.* p. 63.

O caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais (...) A linguagem do texto constitucional (...) A Constituição não se apresenta, na realidade, imune a lacunas e obscuridades (...) As diferentes categorias de normas constitucionais, que particularizam o seu conteúdo (...) Os métodos interpretativos examinados (...) O conteúdo político ou a natureza política das normas constitucionais¹⁹⁴.

A existência desses modos de alteração constitucional – o formal e o informal -, permite concluir pela limitação imposta à mutação de não poder invadir o campo próprio do processo de reforma¹⁹⁵. Esta conclusão advém da existência de uma relação dialética entre as duas formas de mudança constitucional, o que leva BOTELHO a concluir que “não seria possível pretender por mutação aquilo não alcançável por emenda”¹⁹⁶.

A mutação constitucional ocorre por meio da interpretação constitucional toda vez que se passa a atribuir um novo conteúdo para o texto fundamental, sem a alteração do próprio texto. Assim, a norma passa a contemplar outras significações que antes não se faziam presentes e passíveis de serem aplicadas.

Considerando os fatores provocadores da mutação, podemos dizer que estes podem ser a mudança da realidade ou, simplesmente, uma mudança na forma de enxergar o direito, ou seja, uma nova perspectiva do Direito¹⁹⁷.

Vale a advertência de que a mutação constitucional visa a assegurar a aplicação da constituição e, deste modo, não seria razoável que a mera atribuição de um conteúdo pudesse representar a mutação. Pondera-se que o descortinar de uma nova significação se faz por meio da interpretação, ou seja, por meio de métodos capazes de chegar a uma norma concretamente viável de aplicação ante uma dada sociedade e uma dada época. Não se pressupõe como interpretação constitucional possível àquela que nasce da imaginação fértil de alguns poucos privilegiados, sem referencial social ou que se refira à sociedades distintas daquela para a qual se tenha criado. Não se pode entender que se tenha formado o hiato constitucional quando a constituição jurídica se afasta temporalmente da constituição real, sendo este afastamento verificado em relação a uma mesma sociedade e não identificar o mesmo abismo

¹⁹⁴ *Idem. Ibidem.*, pp. 61 s.

¹⁹⁵ BOTELHO, *Ob. cit.*, p. 34.

¹⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 40.

¹⁹⁷ *Idem. Ibidem.*, p. 29.

quando as técnicas interpretativas levam em consideração valores presentes em sociedade diversa daquela a que se destina a norma.

É pertinente a observação de Ferraz ao enfatizar que “Uma Constituição existe, realmente, quando é aplicada e cumprida e, para tanto, não pode se afastar da realidade”¹⁹⁸.

Acentua, ainda, a autora

O meio mais seguro, sem dúvida, para manter a Constituição como permanente reflexo da realidade é a emenda formal; o texto formal da Constituição capta o momento, as circunstâncias presentes à época da elaboração; se estas mudam, se os tempos mudam, as Constituições também devem mudar.

No entanto, não se pode esperar uma frequente atividade reformadora, devido ao rigor, muitas vezes, imposto ao processo. Deste modo, se apresenta como realidade alcançável a mutação constitucional.

3. Os limites democráticos do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade

Todos os institutos inicialmente tratados até o presente momento corroboram para a exigência de meios que possam assegurar, de algum modo, a disciplina normada constitucionalmente quando em confronto com atos ou diplomas de *status* inferior ao constitucional.

Com a centralidade assumida pelas constituições, ocorre a superação do entendimento de que a lei reflete a identificação com o Direito. A própria lei passa a possuir uma condição de validade que se encontra na sua coerência com as disposições constitucionais.

Os valores trazidos à constituição só estarão livres, verdadeiramente, do esquecimento, depois de estabelecida uma disciplina idônea a assegurar a sua força e permanência no ordenamento. Esta disciplina é implementada a partir do desenvolvimento de métodos formais que redundem na concepção de um conjunto de técnicas de garantia da constituição.

¹⁹⁸ FERRAZ, *ob. cit.* p. 59.

A disciplina sobre o assunto é bastante variada, podendo-se encontrar uma extensa bibliografia a respeito do tema nos mais variados idiomas. É esta variedade, também, consequência da opção política exercida no âmbito de cada organização estatal.

Embora cada Estado produza uma disciplina própria acerca do tema, não se tem por estranho a identificação de princípios e regras comuns no processo de controle de constitucionalidade. Diante disto, não é absurdo conceber a ideia de uma teoria geral do controle de constitucionalidade.

Desta forma, a ideia de controle de constitucionalidade liga-se à doutrina de supremacia da constiuição e de rigidez constitucional¹⁹⁹. É no Direito americano que encontraremos a origem deste instituto. O famoso caso *Marbury versus Madson* ficou historicamente registrado como o ponto propulsor de toda a discussão que circunda o assunto²⁰⁰.

Desde 1803, ano de proferimento da decisão paradigma do caso *Mabury versus Madson*, a técnica do controle de constitucionalidade se difundiu pelo mundo, desenvolvendo-se nos variados sistemas constitucionais de forma peculiar.

No Brasil, de início, serviu de inspiração o sistema norteamericano como referência ao modelo brasileiro, posteriormente, a maturação da ideia possibilitou a incorporação de outros modelos, passando o controle de constitucionalidade brasileiro a apresentar características próprias, a exemplo da incorporação da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

3.1. O desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade no Brasil

A primeira Constituição brasileira não dispunha sobre o controle de constitucionalidade, mas a ideia já se fazia presente em terras nacionais. O projeto de constituição de 1822, trazia no seu art. 226 que “Todas as leis existentes, contrárias à

¹⁹⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia suprema da constituição*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 223.

²⁰⁰ Lincon Magalhães da Rocha, em sentido contrário à doutrina majoritária, aponta para a falta de originalidade apresentada neste julgamento, uma vez que a revisão judicial já era entendimento presente à época. Para o autor a importância galgada pelo julgado se deve mais à posição ocupada por Marshall do que à originalidade da técnica. MAGALHÃES DA ROCHA *apud* MORAES, *ob. cit.*, p. 95.

letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum vigor”²⁰¹, o que demonstra a presença de uma consciência voltada para o controle de constitucionalidade, porém a influência exercida pela doutrina norte-americana não superava as ingerências trazidas pelo pensamento francês. Assim, a Constituição de 1824 fora outorgada desconhecendo o controle de constitucionalidade, ao menos sob o ponto de vista jurisdicional, pois, conforme estipulado pelo art. 15, IX, da Carta Imperial, a guarda da Constituição seria confiada ao Legislativo, deste modo inviabilizando o Supremo Tribunal de Justiça de aplicar o controle de constitucionalidade. Este dispositivo era reflexo do conteúdo ideológico trazido pelo princípio da separação dos poderes, o que não permitia a intervenção de um Poder em outro, não seria possível um poder anular os atos exercidos por outro.

Se não fosse bastante este empecilho, acrescentava obstáculo ao controle jurisdicional de constitucionalidade a presença de um Poder Moderador, o qual, em conformidade com o art. 98, se encarregava de assegurar a “independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais Poderes”. Sendo ele o fiscalizador dos demais Poderes, não poderia o Judiciário assumir tal prerrogativa.

Contudo, no final do período Imperial, D. Pedro II enviou uma comitiva para os Estados Unidos com o fito de realizar estudos sobre a organização da Suprema Corte americana. Visava, o Imperador, a estruturação de um tribunal nos mesmos moldes, com o objetivo de assegurar o cumprimento da Constituição. No entanto, isto ocorrera em julho de 1889 e a instabilidade política já se fazia presente, exercendo forte pressão sobre o Imperador, de modo que em 15 de novembro daquele ano a República fora proclamada sem que houvesse, sequer, o retorno da comissão²⁰².

Antes mesmo da primeira Constituição republicana, alguns diplomas já tratavam sobre o tema, a exemplo do decreto 848/90, que fixava competência à magistratura federal para autar na guarda da Constituição por via de exceção, sempre por provocação da parte²⁰³.

²⁰¹ TOMAZETTE, Marlon. A Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade das Lei no Brasil, *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional, n 70, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

²⁰² FOLADOR, Patrícia Micheli. Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade no Brasil e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional, n 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 229.

²⁰³ Decreto 848, de 11/10/1890, art. 3º.

A Constituição de 1891 havia estabelecido a competência da STF para exercer o controle de constitucionalidade em grau de recurso extraordinário²⁰⁴, dispondo, também, no art. 60, alínea a, a respeito da competência dos juízes e Tribunais federais para processar e julgar “as causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição da Constituição Federal”.

Foi, então, com a Constituição de 1891 que ficou incorporado ao Texto constitucional brasileiro o controle de constitucionalidade assemelhado ao traçado pelo modelo norte-americano. Não se tratava do sistema americano puro. A importação do controle de constitucionalidade foi adotado no Brasil já sob modificações próprias. Primeiro, no contrário do sistema norte-americano não havia previsão expressa do controle de constitucionalidade no texto constitucional. Em segundo, não havia aqui algo parecido com o *stare decisis* dos Estados Unidos, ou seja, a decisão no controle difuso implantado no Brasil não dispunha de uma força cogente a ser observada por todos, com eficácia *erga omnes*, mas limitava-se à verificação dos efeitos da decisão apenas entre as partes envolvidas no litígio, efeito *inter partes*.

Torna-se relevante destacar, contudo, que a idealização de um controle de constitucionalidade na forma apresentada pela Constituição republicana de 1891 já se fazia existente na consciência jurídica da época. Cavalcanti pregava a desnecessidade da previsão constitucional nesse sentido. Nas palavras do autor

Em rigor nem fôra necessario texto formal e explicito, attribuindo à magistratura o poder, ou antes o dever (como o consideram os comentadores) de deixar de applicar leis inconstitucionaes e de declarar inefficientes e invalidos actos officiaes illegaes. Está isso implicitamente comprehendido no poder de julgar, que não pode ser exercido com esquecimento e preterição da Constituição, fonte da autoridade judicial e da lei suprema, não para os cidadãos somente, mas tambem para os proprios poderes publicos²⁰⁵.

Não se pode negar, todavia, a importância da constitucionalização do tema, o que, talvez, represente a recepção de um sistema norte-americano por uma doutrina de influência francesa. Começa-se, assim, a se desenhar o desenvolvimento de um sistema *sui generis*.

²⁰⁴ Constituição brasileira de 1891, art. 59, § 1º, b.

²⁰⁵ CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada, Brasília: Senado Federal, 2002, p. 224.

Apesar da inovação ter oferecido luz ao novo instituto, o controle efetivo exercido pelo Judiciário foi “tímido em função da dúvida do Judiciário exercer tal papel”²⁰⁶. O impulso mais forte viria nos anos seguintes com a lei 221/1894, a qual preceituava que

Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição²⁰⁷.

A Constituição de 1891 foi derogada com a Revolução de de 1930. No período foi convocada uma Assembleia Nacional Constituinte. Os trabalhos desenvolvidos trouxeram como proposta a implantação de um sistema de controle de constitucionalidade concentrado que não vingou. No entanto, muitas inovações foram implementadas, tais como, a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade (art. 179) e a declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal e que pode ser referida como a gênese da ação direta. Porém, no que nos é pertinente, a mais relevante inovação promovida pelo texto de 1891 está relacionada ao papel do Senado no controle de constitucionalidade.

O art. 91, IV, da Carta de 1934, punha entre as atribuições do Senado a de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando haja sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. A expressão “Poder Judiciário deve ser entendida como Supremo Tribunal Federal, pois das decisões das instâncias inferiores, ainda caberiam recursos. Esse dispositivo, de inspiração americana, tratava de conferir efeito *erga omnes* à decisão do STF acerca do controle de constitucionalidade. Isto porque a decisão referida somente teria eficácia entre as partes.

Contudo, como já mencionado, o instituto do *stare decisis* independia da manifestação de qualquer outro órgão para a verificação da extensão dos efeitos da decisão.

Essa atuação do Senado representa uma mistura de controle jurisdicional e controle político ao sistema brasileiro²⁰⁸.

²⁰⁶ TOMAZETTE, *ob. cit.*, p. 116.

²⁰⁷ Lei 221, 20 de novembro de 1894.

²⁰⁸ TOMAZETTE, *ob. cit.*, p. 120.

Ressalve-se que o art. 96 exigia a provocação do Procurador-Geral da República para a manifestação do Senado.

A Constituição de 1937, por sua vez, foi concebida sob inspiração da constituição polonesa de 1935. Apesar de ressaltarem distinções pontuais, a exemplo a irresponsabilidade do Presidente pelos atos oficiais, trazida pelo diploma constitucional Polonês, a Constituição brasileira, apelidada de polaca, oferecia muitos pontos em comum, como a proeminência do Poder Executivo em relação aos demais Poderes (art. 73) e a possibilidade do Presidente da República de adiar as sessões do Parlamento, de dissolver o Legislativo, de iniciativa de leis²⁰⁹, etc.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, a Constituição polaca trouxe algumas inovações. A novidade ficou por conta da extinção da Justiça Federal de primeiro grau; pelo silêncio a respeito da competência do Senado para a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF; também nada dispôs acerca da representação interventiva trazida no texto de 1934; e pelo do disposto no parágrafo único do art. 96:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

A despeito da discussão sobre natureza política do parágrafo acima referido, a doutrina prevalente entendia como um retrocesso esta sujeição da decisão do STF à nova apreciação pelo Executivo e pelo Legislativo²¹⁰. Dois efeitos eram gerados diretamente: a alteração do texto da Constituição, necessária à manutenção da lei considerada pelo STF inconstitucional, o que lhe conferiria a equivalência a uma Emenda Constitucional; e representaria uma cassação da decisão do Supremo²¹¹.

²⁰⁹ PORTO, Walter Costa, *Constituições Brasileiras - 1937*, Ministério da Ciência e da Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, s.l., 2001, pp. 25-26

²¹⁰ TOMAZETTE destaca que durante a vigência da Carta de 1937 o Congresso fora dissolvido pelo então Presidente Getúlio Vargas, de modo que este exercia as funções do Executivo e do Legislativo no aspecto relativo à revisão da lei considerada inconstitucional. TOMAZETTE, *ob. cit.*, p. 123

²¹¹ *Idem, Ibidem.*, p. 122.

Com o advento do diploma constitucional de 1946 restou mantida a disciplina relacionada ao controle de constitucionalidade por via de exceção, ampliando, neste particular, a competência do Supremo.

No tocante à representação interventiva, esquecida durante a vigência da Constituição anterior, a Carta de 1946 a reintroduziu no sistema de controle de constitucionalidade com melhorias, já que preservava mais o pacto federativo. O Congresso Nacional poderia evitar a intervenção suspendendo o ato estadual impugnado, desde que essa medida fosse por si suficiente. Além disso, no regime trazido pela Constituição de 1934 o Supremo, após provocação do Procurador-Geral da República, apreciava a constitucionalidade do ato interventivo; no regime da Constituição de 1946, o ato que contrariasse princípios sensíveis seria submetido ao Supremo pelo Procurador-Geral de República.

Deste modo, passa a intervenção a se submeter a requisito duplo, quais sejam, a declaração de inconstitucionalidade do ato estadual impugnado e a insuficiência da medida aplicada pelo Congresso consistente na suspensão do ato.

A Justiça Federal de primeira instância continuou inexistente nesse Texto Constitucional, retornando com a Emenda Constitucional 16/65. Por outro lado, representou, também, o retorno da atribuição do Senado Federal em relação à extensão dos efeitos da decisão definitiva do Supremo sobre a constitucionalidade de lei, tornando, agora, desnecessária a provocação, para este fim, do Procurador-Geral da República.

A mais importante inovação desse período ficou a cargo da introdução do controle de constitucionalidade de ato normativo em tese (art. 101, I, k).

Embora não seja totalmente inovadora, já que o Supremo poderia apreciar a inconstitucionalidade em tese de uma lei com preliminar de intervenção federal, existem diferenças marcantes entre os dois institutos, sendo que na intervenção o parâmetro de aferição era menor, já que se limitava aos princípios sensíveis, enquanto que no controle referido no art. 101, I, k, o parâmetro de referência é a própria Constituição. Quanto ao objeto, esta última forma de controle possuía-o de modo mais amplo, abrangendo as leis federais. No que diz respeito à legitimidade para a ação, em ambas pertencia ao Procurador-Geral da República, porém, na

interventiva sua atuação estava vinculada à representação dos interesses da União, enquanto que no controle em tese atuava no interesse geral.

Há que se destacar que esse tipo de arguição de inconstitucionalidade processava-se de modo objetivo, sem partes diretamente interessadas, sendo assim, o efeito não se limitava aos envolvidos, possuindo o caráter *erga omnes*. Dessarte, não se fazia necessário a intervenção de outro órgão capaz de acolmatar tal decisão para a implementação da extensão desta. Nesse tipo de controle o Senado Federal não possuía qualquer ingerência.

A Constituição de 1967 não operou alteração substancial no sistema de controle de constitucionalidade, mas temos em consideração que na ação interventiva, o Presidente da República devia submeter o decreto interventivo ao Congresso Nacional, muito embora a intervenção e a suspensão do ato impugnado fosse da iniciativa do Presidente da República.

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, considerada por muitos como um novo Diploma Constitucional, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade nada alterou a não ser em relação à numeração dos artigos.

Alterações substanciais no controle de Constitucionalidade foram verificadas, porém, com a promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, procurou deixar a cargo deste órgão a competência para decidir sobre matéria relativa à lei federal. Com isso, a representação interventiva para assegurar a execução de lei federal passou a ser competência do STJ. Contudo, tal dispositivo gera um conflito interpretativo, pois tais causas tratam de conflito entre a União e os Estados da Federação, matéria pertinente à competência do STF (art. 102, I, J, CR).

O controle abstrato, por sua vez, passou a ser chamado de ação direta de inconstitucionalidade, tendo sido ampliado o rol de legitimados à propositura. Por influência portuguesa fora introduzido o controle de constitucionalidade por omissão.

No que diz respeito aos legitimados, a Constituição cidadã ampliou significativamente o rol, o que indica nesta espécie de controle uma participação pluralista, já que não apenas o Procurador-Geral da República teria condições de propô-la, também representantes eleitos pelo voto popular (os Chefes do Executivo federal, estadual e distrital; Mesa do Senado, da Câmara, da Assembleia Legislativa ou

Câmara Legislativa do Distrito Federal), outros representantes da sociedade, que, embora não eleitos pelo voto popular, têm por missão zelar pelas instituições democráticas (além do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional) e, por fim, representantes de setores da sociedade que manifestam a força produtiva do Estado (as Confederações sindicais ou entidade sindicais de âmbito nacional).

Bem se vê que o alargamento do rol de legitimados visou à promoção do princípio democrático. Ainda que faltasse ao cidadão ou eleitor a legitimidade para tanto, a Constituição não olvidou de contemplar a representatividade no tratamento da matéria.

Com a Emenda Constitucional n. 03/1993 fora introduzido no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Inicialmente, a legitimação para a impetração da ação era conferida apenas ao Presidente da República e às Mesas das Casas legislativas federais, mais tarde este rol foi ampliado de modo a se igualar com a ADI.

O texto original previa, ainda, a ação de descumprimento de preceito fundamental, contudo apenas com a lei 9882/1999 esta foi regulamentada. Trata-se de outra via de controle concentrado de constitucionalidade. A doutrina aponta a existência de duas espécies de ADPF: a) a representativa de arguição em tese, a qual se aproximaria da ADI; e b) a incidental, instrumento do controle difuso. Ambas com os mesmos legitimados da ADI e ADC.

3.2. A jurisdição constitucional como fator assegurado da supremacia da constituição

A derrocada da estrutura absolutista faz irromper a diferenciação social, com destaque para o aparecimento de subsistemas capazes de se autorregularem - autopoiese. Durante o Absolutismo põe-se em evidência o tema da igualdade ao estabelecer o fim dos privilégios e que todos que se colocam abaixo do soberano lhe

devem obediência²¹², ao mesmo tempo em que se começa a indicar, por influência do Iluminismo, a racionalidade como forma de obtenção da certeza e da verdade. Esta conformação, na medida em que é dada para assegurar a sua manutenção, proporciona, paradoxalmente, o fim do próprio sistema absolutista, uma vez que, ao acreditar na razão humana como atributo universal, permite a identificação da força como elemento que se origina nas camadas populares e, na mesma toada, revelam uma alteração semântica da igualdade, entendida como igualdade de todos indivíduos²¹³, a qual em conjunto com a liberdade se oferecem como formas contemplativas da justiça.

Esta alteração é promovida por ingerências contingenciais que provocam a incerteza com relação ao futuro. Contudo, tal perspectiva não se parecia evidenciada naquele momento, pois a orientação racionalista vislumbrava-se como capaz de ter previsão da conformação futura da sociedade, a partir de alterações atuais.

É com o advento da modernidade que ganha força a autonomia dos subsistemas, em especial se considerado os subsistemas da política e do direito. A idealização da constituição como força de coesão das transformações sociais, ao se identificar, inicialmente, como carta de intenções de um Estado de Direito, que se submete aos ditames legais e se subordina às limitações previamente definidas, finda por contribuir para que esta mesma constituição se apresente, com maior relevância, como o acoplamento estrutural que permite as trocas com o meio²¹⁴.

Como tentativa de controle dessas contingências, passou-se a conceber um órgão capaz de centralizar esta tarefa de modo a afastar o dissenso como forma de garantia da segurança jurídica. Sobre este órgão, kelsen assim escreve:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação,

²¹² A igualdade aqui referida é estabelecida entre os súditos, os quais são colocados como pares. Não se considera a igualdade em relação ao soberano. Neste sentido é o entendimento de Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Constituição, Política e Judiciário em uma Sociedade de Risco Permanente: um ensaio a partir da Teoria dos Sistemas*. Disponível em <http://www.academia.edu/823552> (acesso em 12/12/2012).

²¹³ *Idem, Ibdem.*

²¹⁴ Conforme destaca Luhmann: “O conceito de acoplamento, mostra dois lados: a) o acoplamento não está ajustado à totalidade do meio, mas somente a uma parte escolhida de maneira altamente seletiva; conseqüentemente, b) apenas um recorte efetuado no meio está acoplado estruturalmente ao sistema, e muito fica de fora, influenciando de forma destrutiva no sistema”. Luhmann, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*, Rio de Janeiro: Vozes, 2010, p. 131.

a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico²¹⁵.

Assim, diante da necessidade de controle dos atos, normativos ou não²¹⁶, que provocam ingerência na vida da comunidade pode ser realizado por meio do exercício de função atribuída a um órgão do Estado. Esse controle pode ser exercido de formas variadas conforme o órgão incumbido de exercê-lo e o momento de sua operacionalização.

O requisito básico para o exercício desse controle pode variar conforme se considere o mérito do ato referente à conveniência ou oportunidade, condições dos atos ditos discricionários, ou pautados na inobservância dos padrões legitimados pelo ordenamento normativo.

Kelsen, assim, concebe, sob as críticas de Carl Schmitt²¹⁷, um modelo de tribunal para oferecer a palavra final acerca da interpretação da constituição. Este tribunal possuiria, então, a atribuição de velar pela permanência dos ditames previamente estabelecidos pela constituição, o que lhe permitiria ingerências sobre os destinos da sociedade.

Afeta-se, por conseguinte, a apreciação do controle exercido a um órgão específico – a corte constitucional – e por uma razão específica – a aferição da constitucionalidade do ato²¹⁸. Deste modo, a limitação teórica imposta contempla o exercício da denominada jurisdição constitucional.

²¹⁵ Kelsen, Ob. cit., pp. 300-301.

²¹⁶ Bem destaca Zavascki que “é equivocada a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da *norma* com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o *legislador* comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as “inconstitucionalidades” podem originar do comportamento de vários agentes e ser perpetrados por diversos modos. Inconstitucional será o ato do particular não compatível com o catálogo de deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato do juiz que desrespeitar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante”. ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 14.

²¹⁷ O pensamento de Schmitt não se opunha a existência de um órgão com competência para decidir, mas à ideia de que o órgão competente poderia ser um Tribunal. Para Schmitt esta escolha deveria recair sobre um órgão capaz de ter maior proximidade com a neutralidade, o que só se daria ao se conferir tal competência ao Presidente do Reich, dotado de independência ante aos demais órgãos legislativos.

²¹⁸ Na sua forma inicial, a Corte Constitucional idealizada por Kelsen e consagrada na Constituição austríaca de 1920, possuía por base o controle concentrado, no qual apenas um órgão poderia conhecer e decidir acerca da constitucionalidade de uma norma. Na reforma constitucional de 1929, contudo, ocorre uma certa mitigação desse controle concentrado ao se permitir que o Tribunal Administrativo e o

Em atenção à obrigatoriedade de observância da constituição como conjunto normativo supremo, torna-se evidente a necessidade de atribuir garantias à sua implementação²¹⁹. Nesse momento, importa considerar que, embora essa atribuição de encargos, mesmo que se considere apenas o controle *a posteriori*, possa se dar concomitantemente a vários órgãos, com é o caso brasileiro, a observância de um procedimento específico para este sopesamento, costuma ser destinado às cortes constitucionais.

Esses órgãos devem promover, de modo precípua, a aferição de condutas sociais e estatais ante os parâmetros ofertados pela norma constitucional e, desse modo, garantir a efetividade da constituição. Sobressai, então, a sua grande contribuição para o asseguramento da supremacia da constituição.

3.2.1. Os limites democráticos à atuação do Supremo Tribunal Federal

Integrante do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal ocupa posição de destaque como órgão de cúpula, possuindo competência em todo o território nacional. Seus Ministros, que compõem o total de onze, são nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação em sabatina realizada no Senado Federal²²⁰.

A Constituição do Império de 1824 previa a existência do Supremo Tribunal de Justiça, cuja composição e competência pouco tinha de semelhante com o atual

Supremo Tribunal possam deixar de aplicar, em segundo grau, uma lei que entendam inconstitucional, remetendo, em seguida, a matéria sobre a inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional, o qual mantém o monopólio da decisão de constitucionalidade. MORAES, *ob. cit.*, p. 127.

²¹⁹ Diferentemente da construção kelseniana, o sistema de controle de constitucionalidade norteamericano foi concebido de modo a permitir a todos os juízes e tribunais decidirem, incidentalmente, sobre a constitucionalidade de uma lei. Ressalve-se, contudo, que diferentemente do sistema difuso adotado no Brasil, no controle estadunidense somente em casos excepcionais a constitucionalidade pode ser aferida em primeiro grau de jurisdição por um juízo singular.

²²⁰ Registre-se que os requisitos para ser nomeado Ministro do STF são a reputação ilibada e o notório saber jurídico, afora a idade, a aprovação pelo Senado se tem revelado mera formalidade. O dispositivo de inspiração norteamericana não tem tido o mesmo efeito que aqui se verifica. Em nenhum momento na história do Supremo o Senado chegou a repudiar a escolha feita pelo Presidente da República. Anota Lima que já chegaram a compor o STF um médico e dois Generais, o que faz parecer, em verdade, que nem mesmo o notório saber jurídico é requisito material a ser exigido, o mesmo se diz da reputação ilibada. LIMA, Francisco Gérson Marques de. O STF na crise institucional brasileira – Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 64 s.

Supremo Tribunal Federal, muito embora pode ser apontado como o “embrião” deste²²¹. Apesar da independência funcional que a Constituição imperial lhe assegurava, o Supremo Tribunal de Justiça não possuía a competência para o exercício do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal só fora criado em 1890 pelo Decreto n. 848, do Governo republicano provisório, mas ainda sob inspiração imperial²²². Posteriormente, galgou *status* constitucional em 1891.

A atual Constituição brasileira, ao conferir competência ao Supremo, concedeu atribuições, as quais franqueavam o conhecimento de causas de modo originário e através da via recursal, fazendo uso, a Constituição, dos mais variados métodos de distribuição de competência para tanto.

Em virtude desta distribuição de competência, o Supremo acumula funções de Tribunal constitucional²²³ e também de Tribunal ordinário. Tal distribuição de competência proporciona ao Supremo a capacidade para atuar nos mais variados temas, o que corrobora com o implemento da carga de trabalho deste órgão de cúpula²²⁴. Ainda que se considerasse apenas a atuação no controle de constitucionalidade, a opção feita por uma constituição extensa seria suficiente para assegurar um volume laboral acentuado.

Para fins do presente trabalho, salta em importância a competência do Supremo no controle de constitucionalidade, particularmente no que diz respeito ao controle difuso. De início, temos em destaque que a Constituição, no artigo 102, dispõe que é da competência do Supremo, devendo exercê-la de forma precípua, a guarda da Constituição da República.

²²¹ AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal – Densificação da jurisdição constitucional brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 44.

²²² MORAES, *ob. cit.*, p. 211.

²²³ Em um conceito mais restrito não é possível identificar o STF como um tribunal constitucional, uma vez que seria necessário que o STF possuísse apenas a competência para o exercício da jurisdição constitucional, sem que haja a atribuição cumulada de tribunal ordinário. Além disso, considere-se que os tribunais constitucionais não integram o Judiciário como acontece com o STF, sendo concebidos como um “quarto poder”. Agra, *ob. cit.*, pp. 55 - 66.

²²⁴ Nesse sentido ensina o prof. Walber Agra que “O STF não seguiu os moldes dos tribunais constitucionais europeus, que têm a exclusividade do exercício da jurisdição constitucional. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, além da missão de guardião da Constituição, desempenha o papel de órgão recursal, funcionando como uma quarta instância do Poder Judiciário. Com essa dupla função, o Supremo não consegue se dedicar exclusivamente à jurisdição constitucional, o que não o deixa funcionar plenamente na defesa da Lei Maior”. Agra, *ob. cit.*, p. 46.

Este dispositivo demanda uma certa peroração para o seu entendimento, não só pela sua referência subjetiva, ou seja, por dizer respeito a um dos Poderes do Estado, mas por trazer implicações à estabilidade das relações com os demais Poderes, posto que a própria Constituição também impõe, em artigos diversos, atribuições de zelo pela Constituição a outros órgãos da República, o que demanda a necessária interpretação sistemática.

Cabe ponderar que, sob os influxos da doutrina americana, o Supremo Tribunal passou a ter competência para decidir sobre o controle de constitucionalidade como intérprete máximo da Constituição. Com a lei federal n. 221, de 1894, tal controle passou a ser admitida na forma difusa, conferindo aos demais juízos competência para apreciar a constitucionalidade de leis e regulamentos²²⁵.

Desarte, interpretar o preceito constitucional em tela no sentido de que caberia ao Supremo, de forma exclusiva, a função de intérprete da Constituição, seria excludente do conteúdo de outras disposições constitucionais, levando ao seu esvaziamento. Recorde-se que, dentro do próprio Judiciário, os demais órgãos detêm competência para interpretar a Constituição, posto que, no Brasil, o controle de constitucionalidade se dá também difusamente. Se não bastasse este argumento, temos que a função de proteção da constituição pode ser acometida, como faz a Constituição brasileira, a outros órgãos que integram outros Poderes do Estado.

Por inferência, não se pode descurar de uma interpretação que albergue conjuntamente todos os dispositivos constitucionais e, até mesmo, princípios inerentes ao sistema, os quais permitem a coexistência de variados sujeitos de interpretação constitucional.

No entanto, é inegável a proeminência dos órgãos do Judiciário, principalmente quando comparado com os órgãos dos demais poderes, o que acaba por se destacar como característica do neoconstitucionalismo. Face às frustrações geradas pelas expectativas insatisfeitas, o Estado-Judiciário tem sido conclamado a oferecer respostas “seguras” aos litígios²²⁶.

²²⁵ *Idem, Ibidem*, p., 213

²²⁶ Este fenômeno tem maior compreensão a partir da consideração da denominada juridificação da sociedade, a qual é identificada com a necessária promoção estatal de regulação das relações sociais. “[A] tentativa de criar um sistema mais igualitário passa pela ação do poder estatal e seus aparelhos burocráticos, gerando tendência de controle social e de intervenção crescente nas relações sociais. (...) A

O princípio do *non liquet*, como consectário do desenvolvimento constituconalista é, também, promotor dessa prevalência. Se outrora a inexistência de lei sobre determinada matéria poderia servir de escusa para a não promoção de atividade judicial, com o dever de julgar independente da existência de lei positivada, o Judiciário se arma com condições de interpretação mais amplas que as conferidas a qualquer outro órgão. Há que se considerar, também, a crescente demanda pelo exercício do direito constitucional de ação²²⁷.

Implicação verificada neste cenário é o fenômeno politização da Justiça, o qual se consolida em virtude da “transferência para o Judiciário dos conflitos sociais que não encontram canais de solução nos sistemas tradicionais de representação (Executivo e Legislativo)”²²⁸.

Sors critica esta politização do Judiciário alertando para os riscos desse fenômeno como perigoso para o regime democrático, pois esta “supervalorização” cria um pontencial de tensão e gera o rompimento do sistema representativo, pela afetação da capacidade de funcionamento do Judiciário, aumentando seu campo de arbítrio²²⁹.

Desta forma, assume o Supremo, como órgão de cúpula do Judiciário, uma posição sem igual na história da República. Aliás, Lima refere-se a este aspecto nos seguintes termos

(...) Como órgão máximo do Judiciário brasileiro, suas decisões refletem em todos os demais setores da estrutura judiciária, quer de modo direto (no poder revisional pela via recursal de suas decisões ou no controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público), quer de modo

crescente transferência para o Judiciário da solução dos conflitos sociais reflete um problema de fundo da sociedade democrática de fim de século e do novo milênio, que é a dificuldade do sistema de representação, em particular dos partidos políticos, de transformar-se em articuladores dos novos sujeitos sociais. Isso ocorre porque muitas vezes os novos sujeitos sociais se organizam em torno de identidades coletivas (religiosas, étnicas) que se colocam à margem dos ideais republicanos ou enfatizam identidades parciais não universalizáveis e de caráter difuso, seja porque estão articulados a movimentos sociais globais cuja lógica de atuação escapa à política nacional.

Para o Judiciário esse problema é agravado pelas crescentes pressões que sofre com o aumento da demanda de seus serviços, dado o caráter cada vez mais contratual de todas as relações sociais, com a erosão dos sistemas convencionais e tradicionais de poder e solução de conflitos, a complexidade cada vez maior do campo de atuação do sistema judiciário, o surgimento dos novos sujeitos sociais que reivindicam direitos e uma tendência crescente à morosidade dos processos judiciais cujas razões não são sempre óbvias”. SORS, Bernardo. *A Nova Sociedade Brasileira*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, pp. 106 - 111.

²²⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Constituição, Política e Judiciário em uma Sociedade de Risco Permanente: um ensaio a partir da Teoria dos Sistemas*. Disponível em <http://www.academia.edu/823552> (acesso em 12/12/2012)

²²⁸ SORS, *ob. cit.*, p. 112.

²²⁹ *Idem, Ibdem*, p. 112

indireto (em face do balizamento horizontal de suas conclusões, precedentes e súmulas). Este quadro se torna ainda mais evidente com a superveniência da súmula vinculante a todos os ramos do Judiciário (...) Sobe esse aspecto é notório o poder conferido ao STF na estrutura dos três Poderes da República Federativa do Brasil²³⁰.

Ao que tudo indica parece que o Supremo tem tomado ciência desta condição. Os casos são variados. É claro que em nenhum desses, a causa chega ao Supremo sem provocação. Existe sempre um sujeito legitimado à provocação do exercício da Jurisdição constitucional.

A despeito deste entendimento, é forte o apelo doutrinário no sentido de que a precipuidade referida no dispositivo constitucional está relacionada menos ao fato do Supremo ser o último socorro da Constituição, mas que ele – o STF – tem por principal responsabilidade a guarda do Texto Maior, ou seja, tendo ele essa como a sua precípua função.

Nessa perspectiva, cabe notar que a Constituição atribui ao STF duas formas básicas de exercício de controle de constitucionalidade, quais sejam, por meio do controle difuso e por através do controle concentrado.

Isto reforça a relevância do Tribunal como agente ativo dentro do ordenamento jurídico brasileiro quando do exercício da função precípua de guarda da constituição, podendo ingerir até diretamente na atuação dos outros órgãos do Estado.

Não existe uma forma de controle formalmente estabelecido para o controle do STF por parte dos outros Poderes. Esse controle é exercido pelos demais Poderes, de forma indireta e prévia, apenas durante o processo de nomeação e posse dos Ministros da Suprema Corte.

Esta forma de composição do Supremo levanta suspeitas quanto à sua independência frente aos demais Poderes, particularmente, ao Executivo.

Isto implica na necessidade de constante contato das decisões do Supremo com os referenciais encontrados no meio social, pois disto, verdadeiramente depende a legitimidade do órgão.

A observância dos ditames democráticos assegura a condição de observância de suas decisões e assegura a condição material da igualdade. De outro modo, o abandono dos referenciais democráticos, por parte do Supremo, implica numa

²³⁰ LIMA *ob. cit.*, p. 72.

desmedida atuação por parte deste órgão, consolidando o dano ao Estado Democrático.

Assim, identifica-se a atuação do Supremo como uma atividade eminentemente jurídica, mas que reflete, de forma não eventual, na estruturação da sociedade, alterando a ordem social. Nesta perspectiva é inegável o caráter político de sua atividade, no sentido de “atuação humana ligada ao poder”²³¹. Lima apresenta três justificativas para a função política do STF: a) pela posição privilegiada que ocupa como órgão máximo do Judiciário; b) pelo fato de suas decisões serem manifestações políticas quando do exercício da Jurisdição; e c) pela própria natureza dos assuntos levados à discussão no STF, referentes ao comportamento de altas autoridades, à política econômica e tributária da nação, à tributação, à solução de conflitos entre a União e Estados federados ou entre estes e organismos internacionais, às alterações constitucionais dentre outros, ou seja, questões relativas ao exercício do poder e seus limites²³².

Destaca Agra que

As injuções sociopolítico-econômicas que cercam as decisões da Egrégia Corte brasileira não retiram a essência de sua natureza jurídica porque suas sentenças são construídas a partir de uma racionalidade peculiar à Ciência do Direito. As influências que circundam o mundo jurídico, para serem por este absorvidas, são transformadas em linguagem própria do sistema, funcionando de acordo com as estruturas que regem o Direito (...) A motivação das decisões judiciais é a mais segura garantia de que serão proferidos nos moldes jurídicos, mesmo diante de matérias que tragam notórias consequências políticas e dentro de um amplo campo de discricionariedade. Outrossim, ao expor os argumentos que amparam as decisões proferidas, devido ao princípio da publicidade, há a possibilidade de que estes argumentos possam ser conhecidos pela sociedade, podendo sofrer censura da coletividade”²³³.

Assim, não se pode escapar à conclusão de que ao mesmo tempo em que se juridiciza as decisões do Supremo se politiza, haja vista que se pautam em normas que possuem grande conteúdo político, como só podem ser as normas constitucionais, o que confirma a ideia de a constituição se apresenta como acoplamento estrutural entre a política e o direito.

²³¹ *Idem, Ibdem*, p. 74.

²³² *Idem, Ibdem*, pp. 74 s.

²³³ AGRA, *ob. cit.*, pp. 48 - 49.

A noção de política até aqui deferida, ressalve-se, é referente à política não ideológica, ou seja, a referente ao exercício próprio do poder com ingerência na ordem social. Porém, não se quer excluir a atuação isenta de feição ideológica²³⁴. A neutralidade ideológica do próprio Supremo e dos seus membros pode ser afastada sem a menor dificuldade, haja vista que ninguém pode ser inteiramente imune às influências do meio social que o cerca. Cada pessoa tem uma história que contribui para a sua formação enquanto indivíduo e isto reflete na sua forma de pensar e responder a estímulos. Além do que, as estruturas que conformam o Estado Social de Direito não prescindem de decisões judiciais que efetivamente concretizem os direitos sociais²³⁵.

Com particular precisão Agra leciona que a teoria de neutralidade do Judiciário tem origem juntamente com a teoria da separação dos poderes. Segundo essa construção o juiz se apresentava como alguém ideologicamente isento, devendo julgar sempre de com isenção em acordo com a lei. Qualquer influência política deveria atuar apenas na feitura da norma, processo normogenético a cargo do Legislativo. Embora tal princípio da neutralidade objective oferecer condições de legitimação, é inegável a alegação de neutralidade, por parte dos órgãos judiciais, torna-se utópica. É oportuna a observação de Agra que, ao se manifestar sobre este ponto, assim se posiciona:

A teoria da neutralidade das decisões provenientes do Poder Judiciário funciona como uma máscara para esconder posicionamentos eminentemente políticos, o que não ajuda a densificar a concretude normativa dos direitos fundamentais e a fortalecer a representatividade dos ministros do Supremo Tribunal Federal²³⁶.

Deste modo, qualquer tentativa argumentativa no sentido de reconhecimento desta arbitrária neutralidade traz sérios prejuízos a uma eficiente atuação do Judiciário, sempre desejável.

²³⁴ O conceito de ideologia aqui utilizado se afasta daquele proposto por Karl Max no sentido de encobrimento da realidade, com o fito de manutenção de uma determinada classe dominante. Quer o conceito se referir à orientação de pensamentos.

²³⁵ AGRA, *ob. cit.* p. 51.

²³⁶ *Idem, ibidem.*, p. 50.

3.2.2. A atuação legitimadora do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade

O exercício da jurisdição constitucional enfrenta um problema grave em relação à sua legitimação e que carece de solução adequada, pois se vincula à justificação da atuação do Tribunal máximo do País.

Tal problema se encontra calcado no fato de que o controle de constitucionalidade implica no ataque de um ato emanado por um órgão, seja o Legislativo seja o Executivo, e cujo fundamento político é encontrado na vontade soberana do povo. Estes órgãos são legitimados pela vontade popular, uma vez que seus integrantes, no caso do Legislativo, ou o seu chefe, no caso do Executivo, são representantes escolhidos diretamente por meio do voto direto.

De modo diverso, como já apontado, a escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal é feita por meio de um processo previamente estabelecido pela Constituição, e só indiretamente tem legitimada sua atuação já que na escolha dos seus membros participam o chefe do Executivo e o Senado Federal.

Deste modo, é possível, ao menos inicialmente e indiretamente, ter presente a fundamentação de sua legitimidade encontrada nesses elementos: a) o processo de composição encontra-se previamente definido pela Constituição; e b) participam do processo de composição sujeitos escolhidos pelo voto popular.

Esses argumentos, por si sós, não são suficientes para legitimar a atuação do STF, até porque temos que ter em atenção que nem a atuação dos Legisladores é plenamente representativa da vontade pública, pois, como é evidente, durante o processo legislativo atuam entes estranhos às Casas Legislativas que tencionam influir no processo, são eles os grupos de pressão, os lobbistas, a mídia, o poder econômico dentre outros.

Numa proposta de reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal, Agra chama a atenção para alguns pontos que propõe como requisitos legitimadores. A denominada legitimidade de origem ligadas à: a) forma de escolha dos seus membros, a qual deve ser representativa da participação de forças políticas, como reflexo do pluralismo social; e b) permanência de seus membros, com a estipulação de

mandatos, como forma de evitar a estagnação das decisões, sem o acompanhamento das alterações sociais²³⁷.

Além desses, o autor faz referência à legitimidade de exercício, que

(...) reside no fato de que as decisões da jurisdição constitucional devem ser tomadas de acordo com os procedimentos jurídicos, com base no padrão normativo do texto constitucional. Por esse padrão a fundamentação da tutela constitucional é obtida através de argumentação jurídica, de forma racional segundo os preceitos legais cominados. E são esses requisitos que a distinguem de um ato político, que é discricionário, sem precisar amparar-se em uma técnica de fundamentação situada na esfera do Direito. A dimensão da legitimidade do exercício dessa jurisdição configura-se nos mandamentos legais, e dessa adequação haurem o substrato de sua fundamentação²³⁸.

No que diz respeito à legitimidade de origem a sua observância se torna mais complexa, tendo em vista a necessidade de alteração do texto constitucional. Com relação ao aspecto ligado à participação plural dos sujeitos no processo de escolha, a atual Constituição prevê a participação do Presidente da República e do Senado Federal, o que talvez possa ser considerado satisfatório. No entanto, em relação à necessidade de mandato se faz necessária uma alteração no texto da constituição, o qual atualmente estabelece a vitaliciedade como garantia constitucional. Essa garantia tem como destinação assegurar a isenção política dos membros do Judiciário, em especial, dos Ministros do Supremo, mas não chega a constituir um direito fundamental de modo que não se consubstancia em cláusula pétrea.

No que pertine à legitimidade de exercício a observância dos parâmetros constitucionais, como a observância das garantias processuais do devido processo legal estabelecidas constitucionalmente são suficientes para, neste ponto, absorver a legitimação necessária, desde que as decisões, ainda que formalmente e materialmente obedeçam a estas garantias, se relacionem ao atendimento das disposições constitucionais, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Portanto, a constatação da legitimidade do Supremo não possuiria condição de existência se, de modo arbitrário, funda suas decisões em questões puramente pessoais do julgador, mera opinião, ou lastreada na conveniência ou oportunidade, próprias da atividade puramente política. Tais atitudes devem ficar

²³⁷ *Idem, Ibdem*, p. 147.

²³⁸ *Idem, Ibdem*, p. 147.

restritas à atuação política, sem dominar o exercício da jurisdição constitucional, cuja estrutura se apresenta como de taxonomia eminentemente jurídica.

3.2.3. O protagonismo judicial e a harmonização democrática

A atual fase de desenvolvimento constitucional no ordenamento pátrio, tenta atender aos clamores sociais por uma efetivação, principalmente das normas que contemplam direitos e garantias básicas do cidadão. Os direitos das várias dimensões dos direitos fundamentais necessitam de um aparelhamento estatal burocratizado capaz de lhe oferecer concreção. Contudo, no caso brasileiro, este aparato estatal é falho e mal administrado. Como consequência, a confiança a ser depositada nos órgãos e administradores públicos cai a patamares abissais. Tudo agravado pela ausência de disposições infraconstitucionais pormenorizadas.

Assim, o Judiciário, e em particular o Supremo Tribunal Federal, passa a tomar medidas necessárias para a implementação desses direitos, utilizando-se de uma postura mais atuante, fazendo-se ouvir por meio do que se convencionou chamar de “ativismo judicial”.

De modo conciso, falar em ativismo judicial significa reconhecer que o magistrado teria, muitas vezes, a capacidade de inovar no ordenamento, criando o Direito no caso concreto. Esse movimento tem sido recepcionado com cautela no mundo jurídico, pois sua adoção irrestrita e desmedida poderia implicar em um deslocamento de parte da função legislativa, o que provocaria, de certo modo, em um esvaziamento do núcleo essencial das funções a serem exercidas pelo Legislativo, agravando a crise de legitimidade do Judiciário que, como se não bastasse o exercício do controle de constitucionalidade, agora toma para si a atividade legislativa.

Ao largo desta discussão, o seu nascimento tem sido associado a uma crescente compreensão e aplicação dos valores constitucionalmente assegurados. Aliado a isto, some-se a abertura ou discricionariedade interpretativa no que se refere à teoria dos direitos fundamentais e a opção feita pelo legislador pela criação de normas genéricas e abstratas, e a utilização de conceitos indeterminados.

Na análise da realidade social brasileira, Celso Fernandes Campilongo faz referência a uma “perda da racionalidade decisória do Estado brasileiro” gerada pela crise política de representatividade (do sistema político) e pela crise econômica de eficiência (do sistema econômico), como consequência”, continua o autor, “temos uma realimentação das contradições entre os dois sistemas o que implicaria num rompimento do equilíbrio entre os Poderes, levando à sobreposição de funções e estruturas”²³⁹.

É forçoso considerar, ainda, como fator que contribui para uma atuação mais ativa do magistrado o processo de juridificação da sociedade, o qual corresponde à “expansão e adensamento do direito positivo na sociedade moderna e particularmente à institucionalização do conflito de classes, à legislação trabalhista e à regulação do conflito social”²⁴⁰.

A própria estrutura da constituição indica este processo, já que funciona como acoplamento estrutural entre a política e o Direito, apresentando soluções políticas para problemas jurídicos e soluções jurídicas para problemas políticos. Ocorre que o Direito constitucional judicializou a política, esta entendida como projeção de conflitos sociais e dos direitos fundamentais na constituição²⁴¹.

Neste cenário fragmentado, o ativismo judicial pode ser compreendido como conceito integrante do fenômeno maior da judicialização da política ou politização do direito²⁴², associado à crescente expansão do Judiciário na medida em que este tem assumido a responsabilidade como “criador do direito e realizador das demandas sociais”²⁴³.

Esta ideia é acomodada por Cambi nas seguintes palavras

Acresce, ainda, que o controle judicial dos atos do poder público permite a maior fiscalização e cumprimento da Constituição Federal. Visa combater a corrupção e promover a maior moralização da gestão pública (...) podendo o Judiciário recorrer aos princípios constitucionais²⁴⁴.

²³⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 52 - 53.

²⁴⁰ SORS, *ob. cit.*, p. 102.

²⁴¹ CAMBI, *ob. cit.*, p. 211.

²⁴² Outros temas também associados à politização do Direito são o direito alternativo e a hermenêutica filosófica.

²⁴³ ADEODATO, João Maurício. Adeus à Separação dos Poderes? Chegando à tese do realismo jurídico. *in* *Direito como Atividade Judicial*, Recife: Ed. dos Organizadores, 2009 p. 24.

²⁴⁴ CAMBI, *ob. cit.*, p. 211.

Esta nova configuração tem provocado uma revisão das atribuições dos órgãos superiores, superando o desenho anteriormente estabelecido pelo Estado Liberal.

3.2.3.1. A atuação criativa dentro de um regime constitucional democrático

Esse processo globalizante de judicialização da política se mostra inovador sob uma perspectiva que a doutrina costuma valorar como negativa, na medida que retira do cenário da discussão democrática a possibilidade de exercício das diretrizes políticas. Nessa ótica, o Judiciário acabaria por destruir a via democrática, na medida em que seria impleto a desconsiderar o sistema representativo como meio adequado de realização da cidadania e manutenção do Estado Democrático de Direito, impondo, por meio de suas decisões a concretização deste.

Apesar da doutrina tradicionalmente fazer menção à compreensão das atividades do Legislativo e do Judiciário como atividade distintas e de naturezas diversas, é, por outro lado, comum, entre os doutos contemporâneos, a afirmação de que o juiz ao decidir o caso concreto, não apenas aplica o direito, mas oferece concreção às normas do direito legislado. Sob essa visão, a atividade de julgar também é uma atividade criadora do Direito²⁴⁵, na medida em que é idônea a estabelecer uma regra específica para solucionar um conflito²⁴⁶; regra esta que não encontra referência, necessariamente, exata com a expressão legislativa. Contudo, há que se reconhecer

²⁴⁵ Adeodato ao dicorrer sobre o princípio da separação dos Poderes, faz a seguinte conclusão: “Resta aos realistas mais radicais ampliar o mais possível a dissociação entre a decisão e o texto de que ela alegadamente foi deduzida e afirmar a tese de que o juiz do caso dispõe de infinitas possibilidades. Como dito, a validade e a generalidade passa a ser atributo do texto e não da norma, a qual é sempre criada diante do caso concreto, individualizada em torno dos conteúdos semânticos emprestado por todos os partícipes daquela relação jurídica, dentre os quais o texto alegado é apenas um dos pontos de partida. Tais premissas textuais da decisão, quando existem, constituem estruturas caóticas e fragmentárias, meras justificativas posteriores para decisões tomadas a partir de outros fundamentos, também caóticos e fragmentários, que não os textos válidos que se alegam. As premissas existenciais, como as preferências valorativas, ideologias e preconceitos dos envolvidos desempenham a função mais determinante, sem pretensões de racionalidade no sentido de universalidade. ADEODATO, *ob. cit.*, pp. 35 – 36.

²⁴⁶ Marinoni tece críticas tanto às teorias que pregam que o juiz apenas realiza o direito legislado, quanto às teorias que entendem que o juiz cria o direito, pois todas partem de um ponto comum que é a lei. Para o autor, o juiz, em verdade, oferece sentido ao caso concreto ao mesmo tempo em que, também, oferece sentido à própria lei. V. A Jurisdição no Estado Contemporâneo, *in* Estudos de Direito Processual Civil. MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

que a atividade criadora do magistrado é de abrangência reduzida quando comparada com a produção legislativa.

Isto decorre do conteúdo teleológico e do posicionamento topográfico dos atos legislativos. Estes têm por característica a generalidade e abstração, posto que ocupam o nível primário do ordenamento, logo abaixo das normas de natureza constitucionais; enquanto que as decisões judiciais estão em nível secundário e visam à realização/concretização das normas superiores.

Assim, é que cabe ao magistrado decidir dentro de determinados limites estabelecidos pela lei. Há um certo poder de criação do direito concedido pelo Legislador, o que dá à função judicial, também, um caráter político²⁴⁷, anteriormente tratado.

Destarte, se por um lado o produto da atividade judicial perde em generalidade e abstração para o produto da atividade legislativa, por outro, ganha em concreção e realização.

Campilongo ao se referir a uma administração de uma justiça equilibrada cita sete desafios a serem enfrentados no país, dentre eles encontramos o “autocontrole das prestações do Judiciário, pois a “suplência” dos demais Poderes pelo Judiciário expõe-se ao elevado risco de transferência da deslegitimação do Executivo e do Legislativo para a Magistratura [...]”²⁴⁸.

Para evitar a chamada “ditadura do Judiciário” é salutar encontrar parâmetros referenciais capazes de guiar a atuação do magistrado. É nessa seara que a doutrina, acompanhada pela jurisprudência e vice-versa tem apontado para a Constituição Federal como guia norteador das decisões judiciais. Nela estariam contidos os preceitos-base a serem observados, seja numa perspectiva substancialista, seja numa perspectiva procedimentalista.

Plauto Faraco de Azevedo, por sua vez, menciona limites naturalmente impostos à atividade discricionária do juiz.

[...] Primeiro, a atividade do juiz é circunscrita pelo espírito da ordem jurídica, de que derivam diretrizes fundamentais que plasmam, em maior ou menor medida, todas as instituições que a integram. Segundo, a atividade judicial cinge-se, em regra, aos dados do caso *sub judice*. Terceiro, das

²⁴⁷ HECK, Luís Afonso. Jurisdição Constitucional – Teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 18 - 19.

²⁴⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e Diferenciação Social. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

decisões dos juízes cabe recurso para instâncias diversas, hierarquicamente organizadas, em cujo ápice encontra-se os tribunais constitucionais, que têm por missão velar pelo cumprimento das leis. Quarto, a atividade judicial é sempre fiscalizada pelo advogado, órgão do Ministério Público e pelos juízes de instância superior [...] Quinto, nos juízos colegiados, o pensamento do juiz precisa, em certa medida, ajustar-se ao de seus pares [...] ²⁴⁹

No caso particular do Brasil, deve-se considerar, ainda, a opinião comum, decorrente de uma formação jurídica positivista, ainda fortemente presente, que asseveram a construção silogística da decisão judicial e a contemplação do fenômeno subsuntivo.

Sem dúvida assiste razão a Paulo Bonavides ao destacar o importante papel do Judiciário, em particular do STF, na afirmação dos direitos fundamentais e consequente fomento da cidadania. Ressalta o autor que o reconhecimento dessa missão não levará, irremediavelmente, ao chamado “governo dos juízes”, estado indesejado de ilegitimidade, mas se torna relevante considerar a existência de um novo contrato social, no qual é imperioso reconhecer a necessidade de um Judiciário forte como guardião da própria democracia ²⁵⁰.

Ressalve-se, porém, que, nos casos de lacunas da lei, o silêncio do legislador deveria permitir que o juiz, apenas, aplicasse diretamente a norma constitucional e não substituí-lo na tarefa de confeccionar leis com as características de generalidade e abstração.

Marcelo Casseb, a este respeito, registra que no que toca à jurisdição constitucional esta deverá apresentar-se como salvaguarda do procedimento legislativo democrático e não como “guardiã da ordem hierárquica de valores substantivos” ²⁵¹.

É justamente nesta seara constitucional que se acentua a capacidade criadora do direito pelo juiz, devido à

“estrutura normativa-material da Constituição que é composta por princípios e regras que apresentam maior abertura, maior abstração, maior

²⁴⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2004, pp. 74-75.

²⁵¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os Fundamentos do Controle de Constitucionalidade – uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 59.

indefinição e, em consequência, menor densidade normativa, circunstância que atribui ao intérprete um notável espaço de conformação [...]”²⁵²

Destarte, tem a doutrina entendido que o juiz não poderá ir além da interpretação possível e razoável a partir da norma constitucional²⁵³. Assim, leciona Marinoni que

[...] as normas de direito fundamentais afirmam valores que incidem sob a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos Judiciários, Legislativos e Executivos. [...] esta necessidade de atribuição de sentido aos casos concretos significa que os novos fatos sociais são vitais para a compreensão do direito ou para a conformação da lei. Porém, essa atribuição de sentido obviamente não dispensa a prévia análise da lei²⁵⁴.

Deste modo, além dos limites naturalmente impostos ao poder discricionário e criativo do magistrado, ganha espaço a preocupação por uma atuação legítima, sendo esta legitimidade alcançada por meio do necessário referencial legal, cingindo-se à atuação inovadora aos preceitos constitucionalmente assegurados, sob pena de séria perturbação da harmonia interorgânica.

Para tanto, ganha importância o incremento da força normativa da Constituição e o exercício da jurisdição constitucional. É preciso Walber de Moura Agra ao enfatizar que

A função da jurisdição constitucional não pode ser concebida como fonte normativa, com o poder de criar diretrizes jurídicas sem o amparo normativo na Carta Magna. Sua atuação restringe-se aos mandamentos constitucionais e à concretização dos direitos fundamentais, mediante um processo de fundamentação de caráter preponderantemente substancialista²⁵⁵.

Destaca, ainda, o autor a necessidade de promoção de um “processo de reconstitucionalização” como requisito de fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, como anteriormente referido. Tal processo serviria à reafirmação do

²⁵² CUNHA JÚNIOR. Interpretação constitucional e a criação judicial do Direito: contribuição de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais. CUNHA JUNIOR, Dirley *et* DANTAS, Miguel Calmon (coord.). Desafios do Constitucionalismo Brasileiro, Salvador: Jus Podium, 2009, p. 41.

²⁵³ VIDAL, Jânio Nunes. Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea – Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição, Salvador: Jus Podium, 2009, *passim*.

²⁵⁴ MARINONI, *ob. cit.*, p. 49.

²⁵⁵ AGRA, Walber de Moura, *ob. cit.*, p. 272.

valor da Constituição, enquanto fonte de princípios e regras dotadas de superioridade, sendo, portanto, de observância obrigatória²⁵⁶.

3.2.4. A função jurisdicional e a separação dos poderes

Após discorrer sobre a atuação do Judiciário, com um todo, em especial, sobre o exercício da função jurisdicional, a cargo do Supremo Tribunal Federal, torna-se imperioso considerar o princípio da separação dos Poderes em sua nova conformação.

O fenômeno da judicialização da política não é verificado de forma isolada apenas no Brasil, embora aqui possua traços particulares²⁵⁷, a judicialização da política pode ser observada em perspectiva mundial²⁵⁸. Cumpre-nos, por ora, averiguar se este processo revolucionário atende aos programas estabelecidos pela sociedade, se está predisposto a assegurar e a realizar a liberdade de ação das pessoas ou, ao contrário, é tendente à destruição do processo democrático.

Para a investigação proposta, torna-se necessário aferir os limites materiais de atuação do Poder Judiciário por meio da jurisdição.

Com o fito de pacificação da sociedade, o Estado retirou do particular a faculdade de impor a solução para os conflitos intersubjetivos através de meios próprios. Por outro lado, acaba por assumir a missão de garantidor de uma solução efetiva e justa. Para tanto, serve-se da jurisdição.

Cássio Scarpinella Bueno identifica a jurisdição como

[...] a função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos. Tal exercício de atuação do Estado,

²⁵⁶ *Idem, Ibdem*, p. 272.

²⁵⁷ A judicialização da política é fenômeno associado à globalização, entendido este como movimento que transcende fronteiras, inicialmente verificadas por imposições econômicas e que, posteriormente, atingiu outros terrenos como o cultural e o jurídico. O Brasil pela condição de país subdesenvolvido apresenta algumas particularidades nesse processo de judicialização, haja vista a maior ingerência de ordem internacional.

²⁵⁸ Para Eduardo Appio os custos econômicos gerados pela incerteza jurídica também não são desprezíveis, especialmente em um contexto de economias que atuam em âmbito mundial e estão vulneráveis aos fluxos de capital. APPIO, Eduardo. Controle de Difuso de Constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.116.

contudo, não se limita à *declaração* de direitos mas também à sua *realização concreta*, prática, com vistas à pacificação social.²⁵⁹

Como ensina o autor, a função jurisdicional “atua nos direitos controvertidos [...] e é ela que realiza os fins sociais, políticos e jurídicos do próprio Estado”²⁶⁰. E para fazer valer seu desiderato, a jurisdição se vale de método próprio capaz de servir de instrumento para a consagração do direito objetivo violado - o processo.

Deste modo, a jurisdição deve ser entendida como a função exercida pelo Estado potencialmente capaz de realizar, por meio do processo, a tutela dos direitos assegurados constitucionalmente também com vistas a alcançar a pacificação social dentro das linhas demarcadas pelas opções políticas da Constituição.²⁶¹

Sendo assim, é necessário analisar se a atividade dos membros do Judiciário, sob a forma que se convencionou chamar de ativismo judicial, caracterizaria uma violação dos limites de sua atuação e uma desmedida incursão em território de outro Poder, no caso o Legislativo, ou não.

É comum a referência à ideia de que a atividade legislativa é a única capaz de inovar no ordenamento jurídico, cabendo ao Judiciário, no máximo, exercer a função de legislador negativo, ou seja, dizer quando uma lei deixaria de ser aplicada em virtude de sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional, quer seja num caso concreto ou abstratamente, a depender da forma de controle de constitucionalidade a ser exercida.

Contudo, é inegável concluir, ante a concepção do direito atual e a riqueza dos casos da vida real, que a atividade jurisdicional é uma atividade extremamente complexa e que não se resume à mera aplicação da lei, haja vista envolver a captação de elementos valorativos dispersos na sociedade²⁶².

²⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. V. 1. Teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238.

²⁶⁰ *Idem, Ibidem.*, p. 237.

²⁶¹ Para Binenbojm “[...] os direitos fundamentais, se afirmam, hodiernamente, como condições estruturantes da própria democracia; devem eles, por isso, ficar à margem das disputas políticas, sob a proteção de um órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade moral e intelectual de suas decisões [...]”, *ob. cit.*, p. 118.

²⁶² A Constituição de um Estado demonstra a riqueza de possibilidades na aplicação de uma norma. Agra, nesse particular, menciona que “Considerando a Constituição Federal um conjunto de normas que têm caráter dialógico, aberto, em constante interação com a seara fática e em razão disso sofrendo direta influência da conjuntura social, a estruturação da jurisdição constitucional não pode se ater a modelos rígidos de formalismo jurídico. Sua aplicação não se reduz ao clássico modelo de subsunção normativa, em que a norma abstrata incide no caso concreto”. AGRA, Walber de Moura, *ob. cit.*, p. 270.

Após as duas Grandes Guerras assistimos a uma série de eventos que vieram a contribuir para uma melhor aparato de decisão judicial, a exemplo da queda do nazismo e da derrocada das aspirações positivistas²⁶³. Eventos como os aqui relacionados vieram a exigir do Judiciário uma posição mais firme e ativa na promoção da cidadania.

José de Albuquerque Rocha, por seu turno, considerando a realidade nacional aponta alguns indicadores que contribuíram para esse processo de judicialização da política ou como menciona o autor, “judiciarização da sociedade” brasileira: a perda da soberania da lei, provocada principalmente pelo advento das Constituições contemporâneas, dirigentes e dotadas de força normativa, o que ocasionou a constitucionalização do direito; o aumento da atribuição legislativa do Executivo, principalmente no que diz respeito à edição de medidas provisórias; o poder regulamentar das agências²⁶⁴ reguladoras (autarquias especiais); os contratos de gestão; o poder normativo dos mercados (*a lex mercatoria*); e as decisões dos tribunais brasileiros²⁶⁵.

Neste sentido, registra Casseb que

[...] Não se pode deixar de vislumbrar, nesse processo, o importante papel que vem se investindo o Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Sob tal ponto de vista, a judicialização da política só pode ser avaliada positivamente, como resultado da institucionalização e consolidação das Democracias. Um caminho necessário que todo Estado de Direito deveria atravessar para atingir a legitimidade a partir da legalidade.
266

O que é forçoso reconhecer é a existência de um novo paradigma. O princípio da separação dos Poderes, como nos ensina Bonavides, já foi um meio necessário à liberdade e à afirmação da personalidade²⁶⁷. Hoje, tal princípio deve ser repensado sob novos padrões referenciais de atuação por parte dos órgãos componentes do Estado.

Não mais encontra guarida a concepção do princípio da separação dos Poderes na mesma medida em que foi concebido pelo movimento revolucionário burguês, na

²⁶³ No Brasil, em particular, pode-se citar o processo de redemocratização que culminou com a Constituição da República de 1988 como fator preponderante para a alteração de postura por parte do Poder Judiciário.

²⁶⁴ O uso da denominação “agência” para identificar tais entidades é originária do direito norte-americano.

²⁶⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula Vinculante e Democracia*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 132

²⁶⁶ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *ob. cit.*, p. 59.

²⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo: Malheiros editores, 2004, p.86.

forma inaugural do Liberalismo e com rigor apresentado na concepção inicial da Constituição dos Estados Unidos da América²⁶⁸.

A realidade evidencia a necessidade de repensar velhos conceitos para adequá-los à concepção contemporânea, onde a atuação Legislativa parece ter cedido espaço a uma participação mais vigorosa do Judiciário alcançada também pela via das Reformas recentes neste órgão²⁶⁹.

É certo, porém, que esta nova concepção de relação interorgânica deve encontrar linhas demarcatórias que permitam assegurar uma manutenção do próprio Estado Constitucional Democrático.

4. A atuação senatorial no controle de constitucionalidade e a objetivação deste controle

O controle de constitucionalidade no Brasil tem peculiaridades próprias que não permitem uma perfeita identificação com qualquer das duas grandes famílias do Direito Ocidental. A *Common Law* e *Civil Law*, muito embora tenham apresentado alterações ao longo do tempo, a ponto de que para alguns autores afirmarem que estaria ocorrendo uma aproximação entre as duas correntes, ainda apresentam um desenvolvimento fiel às características inerentes a cada uma.

O Direito brasileiro tem sentido a influência dessas duas famílias. Em síntese, as normas infraconstitucionais sofreram influxos da *Civil Law*. Já a tradição constitucional se embasa no modelo oferecido pela *Common Law* americana.

Na verdade, a contaminação se dá de forma mais complexa, posto que a influência das duas correntes são verificadas em momentos e graus distintos. A

²⁶⁸ Sobre a Constituição americana Luis Roberto Barros anota que “[...] Nela institucionalizou-se, de forma pioneira e duradoura, um modelo de separação nítida entre Executivo, Legislativo e Judiciário, em um Estado republicano e sob o sistema presidencialista. É certo que o sistema jurídico americano, fundado na tradição da *common law*, dá aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito e que, por isso mesmo, a Constituição tem hoje um sentido e alcance que se distanciam de sua concepção original [...]. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

²⁶⁹ Para Boaventura de Souza Santos a reforma da organização judiciária não poderá contribuir para a democratização da justiça se ela mesma não for democrática. SOUZA SANTOS, Boaventura. Pela Mão de Alice – o social e o político na Pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006, p. 178.

consequência desta importação jurídica pode ser verificada como a formação de um sistema de feições únicas.

De fato, não é possível negar os influxos externos oriundos da *Civil Law* e da *Common Law*, porém é forçoso reconhecer que a cultura local percebe o fenômeno da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de forma distinta da definida pelos Estados centrais. A própria condição de Estado periférico, ou em vias de desenvolvimento, como é da preferência de alguns, impõe específica realidade, a qual não pode ser olvidada durante o processo de recepção dos princípios orientadores do controle de constitucionalidade e de interpretação do texto constitucional.

Adorno e Horkheimer, quando se debruçam sobre o tema da Indústria Cultural, identificam que a própria cultura passou, no mundo globalizado, à condição de produto de trocas entre as nações²⁷⁰. Cabe ressaltar que a forma de recepção deste tipo de produto não pode ser completamente aceita pela cultura receptora. Isto ocorre porque a cultura é produzida no seio de uma dada coletividade. Deste modo, o produto cultural importado sofre um processo de transformação, passando a apresentar uma nova condição, esta imposta pelas peculiaridades culturais internas.

Com o Direito não se passa diferente, uma vez que produzido dentro de uma coletividade – *Ubi omnis, ibi societas; ubi societas, ibi jus* – é igualmente um produto da cultura e como tal está sujeito a similar processo de transformação acima referido, apresentando, a esta altura de desenvolvimento constitucional, autonomia em relação às suas origens remotas. Deste modo, não é razoável aplicar raciocínios próprios de uma ou outra família para justificar uma ou outro entendimento, deve-se buscar, isto sim, razões próprias do sistema brasileiro, enquanto portador de autonomia política interna e cultural.

Destarte, deve-se ter presente o próprio desenvolvimento histórico do constitucionalismo brasileiro, especificamente do controle de constitucionalidade para podermos enfrentar as novas situações que se apresentam.

Em especial destaque neste trabalho monográfico, temos em atenção a dita objetivação de controle de constitucionalidade. Preliminarmente, deve-se ter em atenção o significado que se extrai da expressão, o qual pode indicar: a) o

²⁷⁰ ADORNO, Theodor W., et HORKHEIMER, MAX. *Dialética do Esclarecimento*, Rio de Janeiro: Zahar, 2006, pp. 99 e s.

desenvolvimento de um sistema de controle de constitucionalidade que privilegie a via concentrada, em detrimento da via difusa; b) a extensão dos efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado.

Parece-me que a expressão deve ser utilizada de modo mais preciso, pois o que se discute em doutrina não é a transformação do controle de constitucionalidade brasileiro a ponto de excluir a forma incidental e difusa, mas a possibilidade de estender o efeitos da decisão do STF, em matéria de controle de constitucionalidade, a toda a coletividade. Portanto, a celeuma se relaciona à agregação de efeitos ao controle difuso e não à sua exclusão.

A expressão “objetivação do controle de constitucionalidade” teria um significado mais específico e distinto, ao meu juízo, e se voltaria para a não identificação precisa dos sujeitos do processo, no sentido de tornar o processo objetivo, à semelhança do que acontece na ADPF. O que se objetiva são os efeitos e não o controle, ou seja, alarga-se o alcance de uma decisão em que figuram sujeitos perfeitamente identificados. Assim, a objetivação do controle de constitucionalidade seria uma forma específica de buscar a objetivação dos efeitos do controle do controle. Não se trata de uma relação entre gênero e espécie, mas de um específico efeito gerado por uma técnica especial de objetivação do controle de constitucionalidade. Em suma, a objetivação dos efeitos é consequência da objetivação do controle, este pode se apresentar por técnicas variadas.

Contudo, feitas estas considerações iniciais, passa-se a discorrer sobre o tema utilizando a expressão já consagrada – objetivação do controle de constitucionalidade.

4.1. Considerações próprias ao controle difuso de constitucionalidade brasileiro

Forma de controle jurisdicional, o controle difuso, no Brasil, também chamado de controle por via de exceção, incidental ou controle concreto, é exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário. Surge na discussão de um caso concreto, desde que haja, por evidente, a alegação de matéria constitucional violada.

A norma, se considerada inconstitucional, não perde a sua validade, mas não será aplicada no caso concreto, em virtude do reconhecimento da sua incompatibilidade com a Carta Constitucional.

A lei continua vigente, sendo possível sua aplicação a outros casos, semelhantes ou não, porém que seja certo que não serão atingidos pela decisão que se deu em um caso concreto, individualizado, diverso, considerando as particularidades do fato em análise.

Há que se considerar o fato de que cada juízo possui competência para assim decidir sobre a constitucionalidade de um ato e esta decisão pode ser favorável à presunção de constitucionalidade. Esta viabilidade pode gerar decisões conflitantes a respeito da aplicação da mesma lei, sendo vista por muitos como fonte de insegurança.

Esta forma de controle de constitucionalidade inaugura, em verdade, a possibilidade do exercício efetivo da função de guarda da constituição. Como anteriormente registrado, o caso *Marbury versus Madison*, ficou registrado como a ação inicial do sistema de controle de constitucionalidade, passado o caráter de supremacia constitucional a ser resguardado e reafirmado.

Ressalve-se que a possibilidade de controle de constitucionalidade não encontrava previsão expressa na Constituição americana, sendo tal capacidade retirada da interpretação de princípios e do costume²⁷¹.

A construção desse sistema nos EUA abalou, de certo modo, a ideia de segurança jurídica. A decisão, no caso, sendo proferida pela Suprema Corte americana, vincula a todos, gera efeitos *erga omnes*, até mesmo àqueles que não fizeram parte da lide, em virtude da existência neste sistema do *stare decisis*.

No Brasil, o controle difuso surge com a Constituição de 1891, sob a influência da Constituição americana e desde então manteve-se em todos os Textos Constitucionais pátrios. Porém, de modo diverso, no ordenamento nacional a ausência de instituto semelhante ao *stare decisis* faz com que esta espécie de controle gere efeitos apenas entre as partes que atuaram no processo.

²⁷¹ GLASENAPP, Ricardo Bernd. O Senado Federal e o Controle Difuso da Constitucionalidade – a competência do Senado Federal em suspender a eficácia, com efeitos erga omnes, de lei julgada inconstitucional em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, *in* Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 18, n 70, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 190.

Mais do que assegurar a supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade difuso pode ser encarado sob a ótica de abertura interpretativa da constituição, na medida em que permite que outros atores sujeitos à disciplina legal possam contestar esta disciplina em face dos preceitos constitucionais. Trata-se de confirmar a ideia da sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

O controle difuso, posto que sempre será incidental, retira o monopólio de decisão acerca da constitucionalidade de um ato normativo dos tribunais. Nesse particular, o juízo monocrático deteria maior poder de decisão do que um tribunal, devido à necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário no caso de julgamento por parte do tribunal (art. 97, da Constituição da República). Tal cláusula funciona como condição de eficácia jurídica da declaração contida no acórdão²⁷².

No entanto, o Supremo tem abrandado esta disciplina, exigindo a reserva de plenário apenas na primeira vez em que a lei ou ato normativo é declarado inconstitucional.

Declarado inconstitucional a lei ou ato normativo, os efeitos verificados são *extunc*, mas a retroatividade desta decisão só será verificada entre as partes envolvidas e que participaram do processo. A lei ou o ato normativo continua existente e válida, podendo incidir em outros casos, mesmo após ter sido declarado inconstitucional de forma incidental pelo Supremo.

Isto ocorre porque, dentro da sistemática estabelecida, apenas os envolvidos tiveram a oportunidade de se manifestar no processo, para que a decisão seja estendida aos demais integrantes da sociedade é preciso que, após a declaração de inconstitucionalidade, o STF comunique ao Senado sua decisão para que este possa, então, suspender a eficácia da lei inconstitucional. É o que dispõe o art. 52, X da Constituição da República.

4.2. A atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso como forma de objetivação

²⁷² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2008, p. 712.

O Senado Federal surge como inovação no cenário político nacional em 1824, com a Constituição do Império. De lá para cá, participou de momentos importantes na história brasileira, como a Abolição da Escravatura, a construção de Brasília e o movimento pelas eleições diretas.

No processo legislativo é comumente chamada de Casa revisora, embora também possa figurar como Casa iniciadora, porém como a maioria dos projetos de lei tem início na Câmara dos Deputados, sejam originados na própria Câmara ou sejam originados do Executivo ou de iniciativa popular, o Senado acaba exercendo a função de revisora com maior frequência.

O Senado Federal é integrado por 81 Senadores, sendo três Senadores fornecidos por cada um dos Estados-membro e o Distrito Federal. A distribuição igualitária do número de Senadores se deve ao fato de que esta Casa representa a Federação, os Senadores são representante dos Estados e do Distrito Federal (art. 46, CR) e atuam em coordenação com a Câmara dos Deputados, a qual representa o povo (art. 45, CR) e, por isso, a representação de cada Estado na Câmara é proporcional ao número da sua população²⁷³.

4.2.1. O Senado Federal como elemento democrático no controle de constitucionalidade

Porquanto representantes eleitos pelo povo, os Senadores devem atuar de forma a exercer o mandato que lhe foi confiado em prol de um governo democraticamente estabelecido, zelando pela manutenção do Estado Democrático de Direito e pela coesão entre os Estados, mantendo íntegra a Federação²⁷⁴.

O exercício do princípio democrático orienta a atuação de todos aqueles que possam exercer parcela do poder estatal, reconhecendo este exercício como elemento de um todo, de forma a manter a concentração do poder em um único centro

²⁷³ V. art. 45, § 1º da CR.

²⁷⁴ Veja-se, como exemplo, os incisos V a IX do art. 52 da CR.

irradiador, mantida, ainda, sua força em função do povo. Neste sentido, é o disposto no art. 2º da Constituição da república²⁷⁵.

Apesar da inegável relevância de sua atuação na República, a participação do Senado no controle de constitucionalidade tem despertado diversas divergências. Algumas tentativas se deram, inclusive, no sentido de suprimir sua atuação nesta seara, cite-se, como exemplo, a proposta de Emenda Constitucional que culminou com o advento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, de autoria do Deputado Roberto Campos.

Com a Constituição de 1934 inaugura-se a participação do Senado no controle de constitucionalidade, dispondo, assim, no seu art. 91: “São atribuições privativas do Senado Federal: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

Ensina Mendes que essa idealização veio para solucionar o problema relacionado à falta de eficácia *erga omnes* em sede de controle de constitucionalidade²⁷⁶.

Contudo, na Constituição de 1937 “(...) foi previsto um excessivo poder do Presidente da República em contrapartida de um enfraquecimento dos outros Poderes, Legislativo e Judiciário”²⁷⁷. A consequência mais direta é dada pela dicção do parágrafo único do art. 96, segundo o qual o Presidente da República, no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, poderia submetê-la novamente ao Parlamento. O Senado fora suprimido e substituído, à época, pelo Conselho Federal.

O Senado só veio a ser restaurado constitucionalmente com a constituição de 1946, sendo, de igual modo, restabelecida a sua competência em moldes semelhantes aos estabelecidos pela Constituição de 1934. Prescrevia o art. 64 da Constituição de 1946: “Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decretos inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

²⁷⁵ “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente nos termos dessa constituição”.

²⁷⁶ MENDES, Gilmar. Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei 9868, de 10.11.1999., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

²⁷⁷ GLASENAPP, *Ob. cit.*, p. 203.

A Constituição de 1988 mantém a tradição, contemplando a participação do Senado no controle de constitucionalidade no art. 52, inciso X. Deste modo, consolida-se a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso, concedendo eficácia *erga omnes* àquela decisão proferida para fazer valer eficácia apenas *inter partes*.

A primeira questão que parece se levantar nesta seara, é relativa à justificativa que se apresenta quando se contesta a atuação do Senado no controle de constitucionalidade, ou seja, o que justifica a atuação deste órgão quando, o próprio STF, em decisão definitiva, observada a cláusula de reserva de plenário, julgou inconstitucional uma lei ou ato normativo? Se o Supremo é o guardião precípua da Constituição, seria, a princípio natural que a decisão em sede de controle de constitucionalidade, seja concentrado ou difuso²⁷⁸, possuisse eficácia contra todos.

Acerca do tema, mas debruçando-se sobre o anteprojeto da Constituição de 1934, João Mangabeira registra, no texto intitulado “Em Torno da Constituição” interessante questão, ainda atual, nas seguintes palavras:

Não colhe afirmar que os Tribunais só declaram a inconstitucionalidade, quando está fora de qualquer dúvida razoável. Ab initio, não pode haver inconstitucionalidade mais duvidosa do que aquela repelida pela Assembléia, rejeitada pelo Presidente da República, na sanção, e, no Supremo Tribunal, impugnada por cinco dos seus onze Ministros (...) Numa democracia, os poderes eletivos, os únicos que representam o povo, não devem ter a manifestação de sua vontade, consubstanciada na lei, anulada ao sabor de uma maioria efêmera, precária ou ínfima do Supremo Tribunal. Para que a decisão desse grande órgão mereça, em caso de tamanha gravidade, o acatamento da Nação, é preciso que o voto de uma maioria respeitável assegure a todos a certeza de que, dentro da razoabilidade humana, dúvida não pode haver sobre a juridicidade do julgamento. Sómente assim o aresto se imporá à consciência nacional, calando a dignidade do protesto nos outros dois Poderes, emudecidos e submissos, ante a majestade da justiça. Tal força não terá mais a decisão de um voto²⁷⁹.

Obviamente não se tenta aqui reduzir a legitimidade do Supremo, o que se faz é destacar a sua atuação dentro de um Estado Democrático de Direito, e que, por isso,

²⁷⁸ À época da Constituição de 1934 o sistema de constitucionalidade se pautava nos critérios americanos de modo que não havia, ainda, o controle abstrato.

²⁷⁹ MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o Papel do Senado, *in* Revista de Informação Legislativa, n. 02, 1964, P. 08.

pretende limitar a atuação de seus órgãos dentro de uma conformação, mais ou menos precisa, a qual varia em função das contingências.

Ao contrário do que se permite no controle concentrado, no controle difuso a apreciação da constitucionalidade se desenvolve perante argumentos particularizados, fruto da incidência da norma em uma relação intersubjetiva. É oportuna a lição de Marinho segundo a qual:

De regra, pois, a decisão judiciária não examina a lei ou o decreto no conjunto de suas motivações e de seus fins. Aprecia-os em um ou em alguns de seus aspectos, circunscrito, quase sempre, às linhas marcantes da demanda, além da qual não produz efeitos²⁸⁰.

Assim, o papel do Senado ganha relevância na medida em que confere reconhecimento à decisão do Supremo, conformando-o ao princípio democrático para, então, ampliar-lhe os efeitos.

No que é referente à obrigatoriedade dessa atuação, encontra-se divergente o entendimento, embora pareça majoritário a compreensão no sentido de que, uma vez feita a comunicação da decisão pelo Supremo, seria discricionária a participação do Senado. Cabe ressaltar, porém, que não se mostra totalmente desarazada, em função da relevância dos argumentos que a sedimentam, a alegação de que a publicação da resolução suspensiva se torne obrigatória. Neste diapasão, argumenta-se que a referida discricionariedade atentaria contra os princípios da supremacia da constituição, da separação e independência dos Poderes²⁸¹.

Sem embargo da autoridade dos que assim entendem, preferimos a orientação que vela pelo reconhecimento de que o ato do Senado é discricionário, não apenas no sentido da análise da conveniência e oportunidade, mas no sentido de que não se trata de um ato vinculado à decisão do Supremo, posto que funcionaria apenas de modo automático. Deve-se ter em atenção que se franqueia a análise de questões mais amplas do que aquelas manifestadas de modo incidental.

²⁸⁰ MARINHO, *ob. cit.*, P. 10.

²⁸¹ FIGUEIREDO, Argemiro, Independência e Harmonia dos Poderes da União – O art. 64 da Constituição Federal e o Papel do Senado, *in* Revista de Informação Legislativa. P. 20. No mesmo sentido: GLASENAPP, *ob. cit.*, p. 209.

Marinho entende que o procedimento deve ser responsável e compatível com independência do poder, deste modo não há que se falar em obrigatoriedade²⁸² do Senado na suspensão após a informação do STF, exigindo para tanto fundamentação segura. Interessante o registro que faz da citação de Buzaid: “Não se trata de operação ou ofício puramente mecânico, que reduz o Senado a simples cartório de registro de inconstitucionalidade”²⁸³.

Deste modo, não nos conforma o entendimento que preza pela obrigatoriedade dessa intervenção senatorial, posto que esta depõe contra a lógica de sua atuação e contraria a harmonia entre os Poderes.

Não se trata, porém, de revogação do ato normativo, é, como trata Mendes, um

(...) ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal²⁸⁴.

Cabe ressaltar que a natureza de ato político, não afasta de todo a necessidade de sopesamento jurídico para a aferição da constitucionalidade. Ressalve-se, ainda, que essa construção para a concessão de eficácia *erga omnes* advém da necessidade de implementar a decisão do Egrégio Tribunal em virtude da ausência inicial desta de capacidade legitimadora suficiente para que, por si, passe a ter tal eficácia.

É importante este destaque, pois é, por vezes, referido na doutrina que com a amplitude conferida ao controle de constitucionalidade abstrato passou a não mais encontrar razão para a diferença de tratamento entre as decisões do Supremo neste e no controle incidental.

A lógica propagada por essa parcela da doutrina é bastante simples, e reside no fato de que seria anacrônico o estabelecimento de efeitos diferenciados quando o mesmo órgão, encarragado da função precípua de guarda da Constituição, exara decisão em um e noutro caso.

²⁸² Em sentido contrário FIGUEIREDO, Argemiro, Independência e Harmonia dos Poderes da União – O art. 64 da Constituição Federal e o Papel do Senado, *in* Revista de Informação Legislativa. P. 08

²⁸³ BUZOID *apud* MARINHO, *ob. cit.*, P. 10.

²⁸⁴ Trecho do voto emitido pelo relator Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da reclamação constitucional n.4335-5.

4.2.2. O papel do Senado e o processo evolutivo do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: a objetivação do controle

No item anterior, destacou-se o surgimento da atuação do Senado no controle de constitucionalidade, bem como, apontou-se os fundamentos dessa atuação. Neste ponto cuidaremos da discussão de uma eventual mutação constitucional em tema de controle de constitucionalidade, a qual viria por superar a tradicional orientação da necessidade de resolução do Senado para conferir eficácia generalizante à decisão do Supremo em sede de controle difuso e, portanto, de efeitos restritos às partes que integraram a demanda.

A discussão saiu da esfera acadêmica e ganhou fôlego com a publicação do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator na Reclamação 4335-5/AC.

Mendes questiona a manutenção do texto do art. 52, X da Constituição da República, afirmando que a única resposta plausível seria de natureza histórica²⁸⁵. Passa, então, o Ministro a oferecer um registro cronológico da evolução do controle de constitucionalidade na tentativa de demonstrar a aproximação do controle difuso ao abstrato. Faz uso de uma série de argumentos, buscando comprovar esta evolução no sentido da desnecessidade da resolução.

Passaremos, assim, à análise dessa tese, indentificando os principais argumentos utilizados no voto do Ministro e na doutrina.

Um dos primeiros argumentos de que lança mão o Ministro em seu voto, faz referência ao art. 97 da CR. Como visto a nossa ordem constitucional contemplou, no caso de aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo por parte de um tribunal, a chamada cláusula de reserva de plenário. Esta exigência se justifica ante a presunção de constitucionalidade das leis. Numa evolução interpretativa dessa cláusula, o Supremo Tribunal Federal²⁸⁶ passou a entender, por celebração aos princípios da economia processual e da celeridade, que uma vez já decidido pelo Tribunal a respeito da constitucionalidade de lei ou ato normativo, não mais seria

²⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Voto do relator nos autos da reclamação 4335-5/AC.

²⁸⁶ STF, RE 179.170, 1ª Turma., Min. Moreira Alves, DJU 30.10.1998.

necessário que nova decisão se desse por maioria do Pleno. Assim sendo, a decisão anteriormente proferida, em sede de controle difuso, no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo, permitiria o afastamento do preceituado no art. 97 da Constituição, sendo vinculativa para o órgão fracionário.

Ora, cabe considerar que, se o pretendido era estabelecer uma vinculação no sentido da extensão dos efeitos da decisão anterior, semelhantemente à eficácia generalizadora, o efeito aqui gerado se aproxima, mas é de natureza e fundamentação diversa. É de natureza diversa, porque não se trata de vinculação à decisão anterior, pela nova submissão a um novo julgamento, o qual poderá concluir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato. O fundamento é diverso, pois tal entendimento tem em vista acomodar os princípios da celeridade e economia processuais. Em todo caso, não se trata de julgamento de inconstitucionalidade por um órgão fracionário, mas do afastamento da sua aplicação no caso concreto.

Também alega-se, em doutrina, que quando se questiona a legitimidade de um preceito legal ante a Constituição, ainda que num caso concreto, questiona-se a sua aptidão para produzir efeitos nas demais situações semelhantes, face aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.²⁸⁷

Como se verá adiante esses efeitos podem ser obtidos por outros meios, sem excluir a participação do Senado para suspender a norma, até porque existe distinção prática entre a suspensão e a revogação da norma. Segundo Zavascki:

(...) A norma revogada deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante a sua vigência. Isso significa que, mesmo depois de sua revogação, a norma pode e deve ser aplicada pelo juiz, pelo administrador público e por quem mais que tenha de apreciar controvérsias sobre fatos jurídicos anteriores. No caso da suspensão, por inconstitucionalidade, as consequências são diferentes. A norma constitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu. Assim, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na via de controle difuso, importa o reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência. A Resolução do Senado que “suspende a execução” opera a universalização dessa consequência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve

²⁸⁷ ZAVASCKI, *ob. cit.*, p. 26.

aptidão par incidir, e, portanto, jamais incidiu em qualquer situação. É como huvesse uma “revogação” *ex tunc* (...) ²⁸⁸.

Mendes também destaca que a ampliação do rol de legitimados à propositura da ADI e a possibilidade de submissão de qualquer matéria ao Supremo para a aferição de sua constitucionalidade abstrata acabou por reduzir a importância do controle de constitucionalidade difuso. Isto se deveu, segundo ele, ao fato de que com o advento e desenvolvimento do controle de constitucionalidade abstrato integrada posteriormente pela ADC, perdeu espaço a hegemonia do controle difuso, passando a “dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato” ²⁸⁹.

De fato, parece intuitivo que à medida que certas questões são decididas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, extingiria a possibilidade de serem instauradas demandas envolvendo aquele ato normativo declarado inconstitucional, o que implica numa redução quantitativa de eventuais processos não passíveis de serem contabilizados, a não ser por um exercício de “futorologia”. Por outro lado, é preciso considerar que a variedade e quantidade de leis e demais atos normativos torna particularmente inviável um controle abstrato e concentrado efetivo, capaz de excluir a consideração do caso concreto. Assim, embora seja clara a importância destacada do controle abstrato, é forçoso concluir que o seu crescimento não diminui a relevância do controle difuso, posto que ambas as espécies de controle podem coexistir sem que haja alguma espécie de concorrência.

Acresce, ainda o relator, a consideração de que o advento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual nasce a partir de um caso concreto, mas com natureza de processo objetivo, confere decisão dotada de eficácia *erga omnes*. Aqui, numa análise apressada, parece residir um verdadeiro caso de objetivação do controle de constitucionalidade difuso, uma vez que da análise do caso concreto surge a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão a todos, no que diz respeito à arguição incidental, cuja constitucionalidade vem sendo posta em cheque. No que pertine à arguição autônoma, tem-se que esta se põe ao lado da ADI. Todavia, é preciso considerar a distinção entre descumprimento e inconstitucionalidade. Para tanto, trazemos à colação o entendimento de Tavares para quem

²⁸⁸ *Idem, Ibidem*, p. 32.

²⁸⁹ MENDES, *ob. cit.*

O termo “inconstitucionalidade” apresenta um rigor estrito no Direito pátrio, aplicável com exclusividade às situações especificamente delimitadas pela Constituição (e pelo Supremo Tribunal Federal), o que, sinteticamente falando, significa que a inconstitucionalidade é considerada como uma desqualificação intra-sistêmica, restrita, ou seja, atribuível apenas aos atos normativos estatais e não a qualquer comportamento, ainda que estatal (como atos administrativos, atos de execução material dos agentes públicos, etc.).

Já o termo “descumprimento”, utilizado apenas quando da previsão do instituto da ADPF, é conceito que pode ser considerado em uma acepção mais ampla, englobando a violação de norma constitucional fundamental por qualquer comportamento. Nesta acepção mais lata, tanto pode descumprir a Constituição um ato normativo (padrão corrente no controle histórico de constitucionalidade brasileiro) como um ato não-normativo, nesta última categoria incluídos os atos administrativos, de execução material e, ainda, (em tese) os atos dos particulares (excluídos do âmbito do alcance da ADPF por força do art. 1º da Lei n. 9882/99)²⁹⁰.

Algumas alterações legislativas também contribuem para a argumentação favorável à diminuição da importância do controle difuso. Tratam-se da lei 8.038/90, a qual permitiu ao relator, em decisão monocrática negar seguimento a recurso que contrariasse súmula do STF ou do STJ e, mais recentemente, a lei 9.756/98, a qual, alternando a disciplina do art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, autorizou o relator a conceder provimento a recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal. Assim, torna-se possível a negativa de seguimento a recursos extraordinário ou o seu provimento nas hipóteses aqui tratadas, e indica para uma ampliação dos efeitos da decisão proferida por estes Tribunais.

Mais uma vez o fundamento dessas alterações legislativas vem a colaborar com os princípios da economia processual e celeridade²⁹¹.

Outro argumento de força está relacionado à declaração de inconstitucionalidade de leis municipais. Nesses casos, devido ao perigo de multiplicações de processos, o STF tem conferido efeito vinculante não apenas à parte dispositiva, mas também à fundamentação, o que, juntamente com os casos tratados no parágrafo anterior contribui com a extensão dos efeitos da decisão dos Tribunais.

²⁹⁰ TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no Complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade, disponível em www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_ramos2.pdf (acesso em 17/12/2012).

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 588.

Este caso mereceria análise em outro trabalho, em virtude do seu caráter inovador. Neste caso, tal entendimento parece permitir a extensão dos efeitos, desde que se trate de caso materialmente semelhante àquele que originou o primeiro processo.

Outro argumento está relacionado ao controle de constitucionalidade difuso nas ações coletivas. Aqui, é incontestável que poderia não ter qualquer serventia a resolução do Senado que suspenda a execução de lei ou ato normativo. Contudo, é preciso aduzir que nem todas as demandas que versam sobre a constitucionalidade são coletivas e que nem todas demandas coletivas sobre a constitucionalidade são de natureza difusa.

Acrescenta-se a este rol a inovação trazida pela EC 45/2004, a qual introduziu a súmula vinculante, cuja regulamentação se deu pela lei 11.417/06. Com ela perdeu sentido a edição de súmula pelo Senado sobre a matéria especificamente versada. Contudo, considere que fora dos casos abarcados pela súmula restam outros tantos que não se colocam sob seu manto.

Ao tratar da EC 45/2004 não se pode esquecer da demonstração do requisito da repercussão geral para a interposição do recurso extraordinário. Sendo este o maior responsável pelo socorro à via incidental, percebe-se a tentativa de objetivação da decisão do Supremo acerca da constitucionalidade. Mais uma vez a economia processual, a celeridade da prestação jurisdicional falam mais alto para acomodar tais alterações. Contudo, a competência do STF permite ainda o conhecimento de causas originárias, nas quais, também, se torna possível o conhecimento incidental de constitucionalidade.

4.2.3. Pela manutenção da norma inserta no art. 52, X da Constituição da República

Conforme exposto, a norma não é encontrada em estado puro no texto, é preciso uma atividade intelectual que considere a realidade sobre a qual se debruçará o intérprete para construir a norma aplicada ao caso.

Nessa atividade de interpretação é possível que antigos conceitos não mais se adequem à realidade social. Diante disso, surge a possibilidade de alteração do conteúdo da norma sem que se opere a alteração do próprio texto. É, como dito, o fenômeno da mutação constitucional.

Na análise do fenômeno mutacional, no caso que nos desperta interesse, propugna-se pelo reconhecimento desta no caso da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso.

Os defensores desta ideia não poupam esforços em identificar sinais, já que a mutação nem sempre se oferece tão claramente, que possam levar ao consenso acerca desta suposta mutação.

É evidente que toda a exposição que até agora foi realizada não se torna incontestável à vista das divergências de opiniões apresentadas. Contudo, não se deve descurar da busca por critérios seguros que permitam concluir pela procedência ou improcedência das alegações favoráveis ou desfavoráveis ao reconhecimento ou não da mutação constitucional na hipótese em estudo.

Não irei repetir as argumentações postas no tópico anterior, e, portanto, também não irei rebatê-las uma a uma. Tentarei confluir os elementos dispersos no texto que assegurem, ao menos, uma ideia plausível.

Embora não fique isento de críticas, o princípio da separação dos poderes tem sofrido um processo mutacional, de modo que passou a apresentar significação bastante diferenciada daquela da sua formulação originária, como técnica de controle entre os demais Poderes. Penso que tal alteração caminhou para o reconhecimento de uma menor independência e uma maior harmonia, podendo-se falar em interdependência entre os Poderes. Contudo, há que se reconhecer a existência de limites à atuação como requisito para a verificação dessa harmonia. Assim, é que a Constituição passa a dispor sobre a atribuição e responsabilidade de cada um dos Poderes.

No particular aspecto que envolve o Senado Federal, temos que o art. 52, X da Constituição da República estabelece que esta Casa suspenderá, por meio de resolução, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. Tal dispositivo foi introduzido no nosso ordenamento pela Constituição de 1934 com o fito de oferecer a possibilidade de extensão dos efeitos ao caso julgado. Prado Kelly, autor da

iniciativa que culminou com a participação do Senado no controle de constitucionalidade, justificou o dispositivo com base na negativa, por parte da jurisprudência pacífica do STF, na extensão dos efeitos de sua decisão a outros interessados que não tenham integrado a lide.²⁹²

Com o advento do controle concentrado de constitucionalidade tal medida não se afigura necessária, uma vez que se entendeu que a decisão do STF, nesses casos, possui, naturalmente, eficácia *erga omnes*.

A razão para que a Carta de 1934 contemplasse o Senado com tal função residia no fato da ausência de instituto semelhante ao *stare decisis* americano. Deste modo, a simples decisão do STF não era, por si só, suficiente para acomodar este alcance. Passou-se, então, a conceber uma forma de extensão desse efeito àqueles que não tiveram a oportunidade de participar da lide, na qual, incidentalmente se decidiu sobre a inconstitucionalidade de um preceito legal. A saída encontrada se deu com a convocação do Senado para integrar o sistema repressivo de controle de constitucionalidade.

Existem dois outros fatores básicos que se põem para fundamentar a escolha do Senado. Trata-se da representatividade democrática, lastreada no princípio da soberania popular de que é possuidora; e da representatividade federativa, pois a Casa representa os Estados e Distrito Federal e, por conseguinte, a Federação.

Da representatividade popular advém a força legitimadora para, discricionariamente, decidir pela publicação da resolução, conferindo, assim, adequação democrática na extensão dos efeitos. Esta em decorrência da abertura de discussão sobre a constitucionalidade, compreendendo a formação pluralista da Casa, podendo trazer à baila matérias que por ventura não tenha sido ventilada na discussão do caso em concreto que se deu perante o STF. Inclusive é por dever fazer referência ao que preceitua o Regimento Interno do Senado Federal:

Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Art. 388. Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará

²⁹² KELLY *apud* ZAVASCKY, *ob. cit.*, p. 31.

projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte²⁹³.

Como se percebe, o procedimento interno estabelecido para a confecção da Resolução exige, ainda a participação do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público federal e que representa a sociedade.

No que se refere à representatividade da Federação a extensão dos efeitos vai fundar-se na manutenção da supremacia da Constituição. Embora a própria Constituição estabeleça que o STF tem por função precípua a guarda da Constituição, este dispositivo não nega a existência de outros atores no processo de interpretação do Texto Constitucional.

O controle de constitucionalidade brasileiro é tradicionalmente difuso desde sua concepção. Não se nega, contudo, que este controle se tornou algo extremamente complexo com o advento das várias formas de controle já referidas anteriormente e até com a preferência pelo controle concentrado, mas que em nenhum momento excluem no todo a incidência do controle difuso, o qual permanece com sua importância, e que me parece representar a ideia democrática de controle – qualquer pessoa pode requerer e qualquer magistrado pode decidir acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Não se pode falar, porém, em formas autônomas de controle, mas em um verdadeiro sistema de controle e constitucionalidade, que progrediu no sentido de reduzir, indubitavelmente, a necessidade de edição de Resolução do Senado.

Ressalve-se, porém, que em atenção aos princípios que regem o Estado Constitucional brasileiro, em especial ao princípio democrático, algumas dessas alterações parecem depor contra a tradição.

Reduzem quantitativamente o número de recursos em prol de princípios processuais, a exemplo da celeridade, economia processual e até uma versão processual da isonomia. Princípios estes de cunho eminentemente instrumental, e, que assim analisados, acabam por estender a singularidade do caso concreto, através da objetivação, visando metas, resultados, estatísticas²⁹⁴.

²⁹³ Regimento Interno do Senado Federal.

²⁹⁴ Cabe aqui mais uma vez a advertência de Marcelo Neves acerca do exagero no uso dos princípios.

A respeito desta nova perspectiva acerca do controle de constitucionalidade, temos que

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais²⁹⁵.

Ainda que se procure justificar com o instituto do *stare decisis* americano, há que se considerar que possuímos uma história constitucional própria, a qual precisa de reconhecimento.

Ainda, considerar que a mutação supostamente ocorrida no art. 52, X da CR passou a significar que o Senado funcionará, nesses casos, apenas para oferecer publicidade é, em primeiro, reduzir o Senado a mero órgão de publicação do STF; em segundo, tornar inócuo o conteúdo do próprio dispositivo, pois a publicidade da decisão é atribuição do próprio STF; e, em terceiro, viola frontalmente o texto constitucional. Se é certo que a norma deve ser extraída do texto a partir das considerações do substrato social, o texto se apresenta como o momento de partida e primeiro limite à interpretação.

Assiste razão a Dantas que assevera

A noção de mutação constitucional esposada difere diametralmente das teorias acerca do instituto, sejam as concepções amplas ou restritivas (...). Defende-se uma solução para a incongruência entre o texto constitucional e a realidade, a ser resolvida pelo fenômeno, mas ela não adviria da formulação de uma nova norma, mas da substituição de um texto por outro²⁹⁶.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; Oliveira, Marcelo Andrade Canttoni; et LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40 (acesso em: 28/01/2012).

²⁹⁶ DANTAS, Ivo. Novo Processo Constitucionais Brasileiro, Curitiba: Juruá, 2010, p. 352.

Parece que a tese da mutação constitucional, neste caso, tenta reviver a antiga tese de Bachof no sentido de que a texto consignado no artigo em comento tratar-se-ia de uma norma constitucional inconstitucional. Tal tese embasava-se na ideia de que certas normas poderiam ser consideradas inconstitucionais, uma vez que “A permanência de uma Constituição depende em primeira linha em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma ‘constitui’²⁹⁷”. Contudo, os fundamentos históricos que separam estes dois casos são bastante distintos²⁹⁸.

Assim, se apresenta como limite ao exercício do poder constituinte difuso o Texto Constitucional. Nesse sentido é a orientação de Botelho:

(...) apesar da dificuldade de estabelecer limites à mutação constitucional, é certo que este esbarra no texto da Constituição e que a norma em questão consubstancia uma regra que deixa pouco espaço para a interpretação, não podendo haver mutação que retire toda a eficácia de determinado dispositivo constitucional (e transformar o Senado em mero publicador de decisões do STF seria exatamente isso)²⁹⁹.

Agra em raciocínio semelhante, mas voltado para aplicação de lei infraconstitucional, trata da jurisdição constitucional no seguintes termos:

(...) a densificação da legitimação da jurisdição constitucional de forma alguma pode servir como instrumento para deslegitimar disposições normativas. Seu escopo é assegurar que suas atividade possam se desenvolver consoante parâmetros preestabelecidos, com arrimo na Carta Magna, sem cercear o exercício dos demais poderes (...)³⁰⁰

Por derradeiro, cabem as advertências feita por Botelho:

(...) caso o Senado suspendesse a execução de lei, não haveria como o Supremo tribunal Federal modificar, posteriormente, o entendimento que ensejou a comunicação à Casa parlamentar, tornando-se permanente a declaração de inconstitucionalidade, o que demonstra a relevância da deliberação parlamentar.

E ainda

(...) tal posicionamento atribui eficácia *erga omnes* a todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso, quando tal efeito

²⁹⁷ BACHOF, OTTO. Normas Constitucionais Inconstitucionais? São Paulo: Almedina, 2009, p. 11.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz, BARRETTO, Vicente de Paulo et OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da inconstitucionalização de um “terceiro turno da constituinte”. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf> (acesso em: 15/09/2012).

²⁹⁹ BOTELHO, *ob. cit.*, p. 160

³⁰⁰ AGRA, *ob. cit.*, p. 148.

somente pode decorrer caso editada súmula vinculante (art. 103-A da CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional no 45/2004).

Somente quando a declaração de inconstitucionalidade, em concreto, culminar na edição de súmula vinculante, que depende de procedimento e requisitos próprios, é que o posicionamento judicial se tornará vinculante e, mesmo assim, não em relação ao Poder Legislativo. Pretender conferir efeitos erga omnes a qualquer decisão do STF é esvaziar a súmula vinculante, recentemente incluída no texto constitucional pelo poder constituinte pelo poder constituinte derivado e, portanto, não obsoleta, e desrespeitar tanto a norma do art. 52, X, quanto aquela do art. 103-A, ambas da Constituição Federal³⁰¹.

Verdadeiramente, o que se quer significar com a expressão “objetivação do controle de constitucionalidade” é tratar da extensão dos efeitos de uma decisão prolatada em um caso concreto para outros tantos que se apresentem com base no mesmo dispositivo legal. Trata-se de aplicação, *a contrario sensu*, do brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, o qual fundamenta o uso integrador da analogia.

Destarte, tratar da objetivação do controle de constitucionalidade não significa em excluir ou diminuir a função do Senado no controle difuso, mas antes, é falar do que fora instituído há 78 anos com Constituição de 1934. Nada mais indicativo dessa ideia do que a atuação do Senado no controle de constitucionalidade difuso.

³⁰¹ BOTELHO, *ob. cit.*, p. 164.

CONCLUSÃO

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro evoluiu nos últimos 70 anos, passando a ser estruturado em um complexo sistema. Agregue-se à evolução natural, decorrente dos aperfeiçoamentos do sistema ante a realidade nacional, as ingerências internacionais, basicamente trazidas pela importação de modelos. Deste modo, somos tentados a importar conceitos, atitudes, até formas de pensar estranhas à nossa cultura. Por vezes, esquecemo-nos de que a construção de um ordenamento jurídico é feita dentro de uma vivência criativa e capaz de influenciar a aplicação do próprio direito interno.

Diante do exposto no texto, pode-se concluir:

- a) Em um Estado Democrático, a participação ativa dos diversos setores da sociedade no processo político de decisão e orientação da sociedade deve ser incentivada e facilitada, pois esta é a essência carregada pela qualidade “democrática”. A possibilidade de participação integrada, direta ou indiretamente, no processo decisório, favorece a adesão voluntária dos vários sujeitos, ocasionando maior condição de legitimação para as ações do Poderes Públicos.
- b) Devido aos valores condutores de um Estado Democrático e o fato das normas regerem comportamentos de sujeitos sociais em suas relações intersubjetivas, a interpretação democraticamente estabelecida não pode afastar-se do reconhecimento da abertura dos autores da interpretação.
- c) A legitimação da atuação do STF, órgão voltado precipuamente (mas não o único) para a interpretação da constituição, dar-se de forma indireta, primeiramente, pela participação de representante dos demais Poderes no processo de escolha dos Ministros; em segundo lugar, pela observância dos procedimentos previstos na Constituição e, principalmente, pela realização dos valores insculpidos nesta. A adequada interpretação do texto constitucional, voltada para a consecução de seus valores fundamentais, afasta a instabilidade provocada pela crise constituinte.
- d) A mutação constitucional permite a permanência e continuidade de uma constituição, na medida em que considera as variantes sociais adaptando a

norma constitucional à sociedade, contribuindo para afastar o hiato constitucional. Contudo, a mutação, enquanto processo de modificação informal da constituição, não pode ser imoderada e sem limites, pois a violação dos limites inerentes à mutação se apresentam como condição para o reconhecimento da chamada mutação inconstitucional.

- e) O desenvolvimento histórico do sistema de controle brasileiro, com alterações do texto constitucional e legais, além de alterações jurisprudenciais e doutrinárias permite o reconhecimento de um sistema particular, extremamente complexo, e que tem sido orientado para um incremento da objetivação do controle de constitucionalidade. Contudo, o valores democráticos de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição se aliam à manutenção do controle de constitucionalidade difuso, ainda que diminuída a sua possibilidade de incidência.
- f) O processo de controle de constitucionalidade difuso encontra na atuação de um órgão com representatividade democrática, como o Senado, a legitimação exigida, pela nossa evolução histórica constitucional, para a extensão da eficácia a todos. A atuação senatorial no controle de constitucionalidade é a concepção inaugural da ideia de objetivação deste controle e, ainda, encontra possibilidade de aplicação.
- g) Algumas das alterações promovidas no controle de constitucionalidade brasileiro carecem de legitimidade, na medida que acomodam princípios puramente processuais, descuidando dos valores constitucionais materiais representativos do caráter democrático.
- h) O voto de autoria do Ministro Gilmar Mendes extrapola a expressão do texto constitucional de modo qualificado, uma vez que a ofensa parte de quem tem por dever precípuo o zelo pela sua correta aplicação.
- i) O reconhecimento da suposta mutação constitucional no controle de constitucionalidade difuso, na forma como preceituada pela doutrina e no voto do Min. Gilmar Mendes na relamação n. 4.335-5/AC, exige alteração do texto constitucional. Tal resultado, portanto, só pode ser alcançado por meio da atuação do constituinte reformador e não por meio de um poder

constituente difuso, pois atenta contra a segurança jurídica, sendo agente promotor de crise constituinte.

Assim, apesar da redução gradual da necessidade de sua atuação, ainda subsistem hipóteses de incidência da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso de modo a estender os efeitos da decisão do Supremo aos demais membros da sociedade. Aliás, é esta, dentre as alterações promovidas em sede de controle de constitucionalidade desde 1934, aquela que mais acomoda os valores democráticos.

Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Limites Éticos do Poder Constituinte originário e a concretização da constituição pelo Judiciário**. Disponível em http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/20449_2672.PDF (acesso em 15/09/11)
- AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ADORNO, Theodor W., et HORKHEIMER, MAX. **Dialética do Esclarecimento**, Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo: os desafios do novo milênio**, Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- APPIO, Eduardo. **Controle Difuso de Constitucionalidade: Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BACHOF, OTTO. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** São Paulo: Almedina, 2009.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Constituição, Política e Judiciário em uma Sociedade de Risco Permanente: um ensaio a partir da Teoria dos Sistemas**. Disponível em <http://www.academia.edu/823552> (acesso em 12/12/2012).
- BALKIN, Jack M. *Framework Originalism and the Living Constitution*. Disponível em: <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v103/n2/549/LR103n2Balkin.pdf> (acesso em: 28/06/2012).
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Constitucionalismo**, In Revista de Informação Legislativa, n. 91, Brasília: Sub-secretaria de edições técnicas, 1986.
- BARROSO, Luis Roberto et BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História – A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In Crises e Desafios da Constituição, Belo Horizonte: Del rey, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade Processual e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BITTAR, Eduardo. **Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional – A Constituição Viva de 1988**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. V. 1. Teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BURDEAU, Georges. **O Estado**. Martins fontes: São Paulo, 2005.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Direito e Diferenciação Social**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- CARBONELL, Miguel. **Los Retos del Constitucionalismo, in El nuevo constitucionalismo em América Latina. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición**. Disponível em: pt.scribd.com/doc (acesso em 17 de julho de 2012).
- CASTANHEIRA NEVES, A., **O Actual Problema Metodológico – da interpretação jurídica I**. Coimbra: Coimbra. S.d.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada**, Brasília: Senado Federal, 2002.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar. **O Déficit Material da Democracia Contemporânea: Levando os Valores Constitucionais a Sério, In Constitucionalismo e Democracia**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os Fundamentos do Controle de Constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- CUNHA JUNIOR, Dirley et DANTAS, Miguel Calmon (coord.). **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: Jus Podium, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva, 2005.
- DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Instituições do Direito Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2001
- _____. **Novo Processo Constitucional Brasileiro**, Curitiba: Juruá, 2010.
- DE LIMA, Francisco Gerson Marques. **O STF na Crise Constitucional Brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIDIER JR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Jus Podium, 2009.
- DINAMARCO, Cândido. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**, São Paulo: Landy, 2006.
- DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo Moderno. Introducción a una Historia que Necesita ser escrita. Historia Constitucional (revista electrónica)**, n.6, 2005, p. 182. Disponível em <http://hc.rediris.es/06/index.html> (acesso em 23 de Ago de 2012).
- DUARTE, Fernanda et VIEIRA, José ribas (org.). **Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**, São Paulo: Renovar, 2005.
- DUTRA, Carlos Alberto de Alckimin. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: análise dos princípios constitucionais aplicáveis**, São Paulo: Saraiva, 2012
- FABIANI, Emerson Ribeiro (coord.). **Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo**, São Paulo: Saraiva, 2011.
- FEITOSA, Enoque *et al* (org.). **O Direito com Atividade Judicial**, Recife: Ed. Dos Organizadores, 2009.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- _____. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**, s.l.:Max Limonad, 1986.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação**, São Paulo: Atlas, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**, São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Estado de Direito e Constituição**, São Paulo: Saraiva, 2007
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

- FIGUEIREDO, Argemiro. **Independência e Harmonia dos Poderes da União – O art. 64 da Constituição Federal e o Papel do Senado**, in Revista de Informação Legislativa, n, 03, Brasília: Senado Federal, 1964.
- FILHO, Agassiz Almeida et PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. **Constitucionalismo e Estado**, Rio de Janeiro, 2006.
- FOLADOR, Patrícia Micheli. **Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade no Brasil e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão**, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, n 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FRANKENBERG, Günther. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FREITAS, Lorena. **Além da Toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e Direito**. Recife: Bagaço, 2009.
- GANDRA, Ives; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GLASENAPP, Ricardo Bernd. **O Senado Federal e o Controle Difuso da Constitucionalidade – a competência do Senado Federal em suspender a eficácia, com efeitos erga omnes, de lei julgada inconstitucional em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal**, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 18, n 70, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional – Teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo em tempos de Globalização**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1998
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A Razoável Duração do Processo**. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais – análise dos mecanismos de alteração forma e informal da Constituição Federal de 1988**, São Paulo: Atlas, 2009.
- LAKATOS, Eva Maria et MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia Geral**, São Paulo: Atlas, 2010.
- LASSALLE, Ferdinand. **O Que é uma Constituição**, Campinas: Servanda Editora, 2010.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira – Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2009.

- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**, Petrópolis: Vozes, 2010.
- MACEDO, Regina Maria e FERRARI, Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINHO, Josaphat. **O art. 64 da Constituição e o Papel do Senado**, in Revista de Informação Legislativa, n. 02, 1964.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**, São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.
- _____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da constituição**, São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. **Direito Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Readequação Constitucional do Estado Moderno: Transformações no conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MORAIS, Dalton Santos. **Controle de Constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito – I**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. **A Constitucionalização Simbólica**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. **Abuso de Princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal (acesso em: 20/11/2012).
- PEDRA, Anderson Sant'ana. **O Controle de Proporcionalidade dos Atos Legislativos – A Hermenêutica Constitucional como Instrumento**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras - 1937**, Ministério da Ciência e da Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, s.l., 2001.
- QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional**, São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

- RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas e evolução**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.
- SANTOS, Gustavo Ferreira (coord.). **Neoconstitucionalismo e Democracia, in Constituição e Constitucionalismo**, Curitiba: Juruá, 2010.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2011.
- SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SORS, Bernardo. **A Nova Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz, BARRETTO, Vicente de Paulo et OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da inconstitucionalização de um “terceiro turno da constituinte”**. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf> (acesso em: 15/09/2012).
- STRECK, Lenio Luiz; Oliveira, Marcelo Andrade Canttoni; et LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40 (acesso em: 28/01/2012)
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Repensando a ADPF no Complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade**, disponível em www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_ramos2.pdf (acesso em 17/12/2012).
- TEIXEIRA JR, Sinomar. **Efeitos Sistemáticos das Reformas do CPC: da constitucionalização do processo ao pós-positivismo jurídico numa análise de 1992 até os dias atuais sob a perspectiva teórica**. Recife: Nossa Livraria, 2007.
- TOMAZETTE, Marlon. **A Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil, in Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n 70, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- VERDÚ, Pablo. **O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- VICIANO, Roberto e MARTÍNEZ, Rubén. **Aspectos generales de nuevo constitucionalismo latinoamericano, in El nuevo constitucionalismo em América Latina. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición**. Disponível em: pt.scribd.com/doc (acesso em 17 de julho de 2012).

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea – Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. Salvador: Jus Podium, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Legislação

Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776.

Decreto 848 de 1890.

Lei 221 de 1894.

Lei 8072/90.

Lei 9.882 de 1999.

Lei 11417/06.

Constituição Brasileira de 1824.

Constituição brasileira de 1891.

Constituição Brasileira de 1934.

Constituição Brasileira de 1937.

Constituição Brasileira de 1946.

Constituição Brasileira de 1967.

Constituição Brasileira de 1969.

Constituição Brasileira de 1988.

Regimento Interno do Senado Federal