

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA:
UMA ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DE
MANIFESTAÇÕES DECISÓRIAS EM SEDE DE
CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo, abril de 2007.

MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA:
UMA ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DE
MANIFESTAÇÕES DECISÓRIAS EM SEDE DE
CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo, abril de 2007.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

L531a Leiria, Maria Lúcia Luz

Uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade / por Maria Lúcia Luz Leiria -- 2007.

238 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, Ciências Jurídicas”.

1. Jurisdição constitucional. 2. Controle difuso - Direito constitucional. 3. Reserva de plenário. I. Título.


CDU 341.133

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

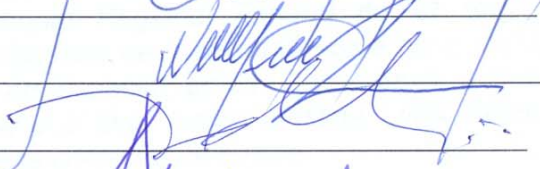
A tese intitulada: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DE MANIFESTAÇÕES DECISÓRIAS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, elaborada pela aluna Maria Lúcia Luz Leiria, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 30 de abril de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck 

Membro: Dr. Walber de Moura Agra 

Membro: Dr. Alexandre Moraes da Rosa 

Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes 

Membro: Dr. Sandra Regina Martini Vial 

Agradecimentos

À Unisinos, pela oportunidade.

Ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo incentivo.

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, pela competência e segurança na orientação.

Aos meus assessores do Gabinete da Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Coordenadoria de Jurisprudência e da Emagis, pelo apoio, em especial, ao Dr. César Baldi, à Dra. Aline Oliveira e à Dra. Isabel Cristina Lima Selau, pela constante correção de rumos.

A minha família, pela compreensão e apoio insubstituível.

Dedicatória

*A minha mãe, Maria Theresa, exemplo de força e
resignação e ao meu marido, Luiz Carlos, cúmplice
de todas as horas.*

RESUMO

A partir do exame de decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, bem como do Superior Tribunal de Justiça, no que diz com o controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos, tece o presente trabalho considerações sobre a utilização do Princípio da Reserva de Plenário, bem como da necessidade de manutenção do sistema difuso de controle de constitucionalidade, para concluir que esta jurisdição constitucional é necessária e imprescindível à manutenção da democracia. Vislumbra-se a horizontalidade do sistema de controle difuso como elemento indispensável à conservação de equilíbrio entre os Poderes da República, permitindo a provocação, por qualquer cidadão, da jurisdição constitucional, constatando-se que, a partir de uma interpretação crítica, o desvelamento do texto constitucional leva à necessidade da utilização do Princípio de Reserva de Plenário, mesmo no caso em que não se afasta o texto posto sob exame, isto é, quando se faz uma interpretação conforme ou quando se declara parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, porque há sempre uma declaração de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle difuso. Reserva de Plenário. Democracia.

ABSTRACT

The present thesis aims to appreciate highly the principle disposed on the article 97 of the Brazilian Constitution by which the absolute majority number of plenary members (Full Bench) is requested in order to judge the questions related to the control of the constitutionality, as well as the necessity of the maintenance of the diffused control of the constitutionality, to conclude that the constitutional jurisdiction is necessary and indispensable for supporting the democracy. This study takes into consideration the decisions referring to the diffused control of the constitutionality over laws and normative acts given by the Federal Regional Court of the 4th Circuit with jurisdiction over the states of Rio Grande do Sul, Santa Catarina and Paraná, and those pronounced by the Superior Court of Justice. It is possible to apprehend that the horizontality of the diffused control works as an indispensable element to maintain the balance among the Republic powers, permitting the provocation of the constitutional jurisdiction by each citizen. When a critical exegesis occurs the constitutional text is disclosed demanding the application of the principle disposed on the article 197 of the Brazilian Constitution above mentioned (Full Bench), even in case where it is not necessary to reject the text on exam, that is, when an interpretation is done according to the text or when it is declared partially unconstitutional without reduction of the text, because there is always an unconstitutionality declaration.

Key words: Constitutional jurisdiction. Diffused control. Full Bench. Democracy.

ABREGE

Ce travail, d'après l'examen des décisions de la Cour Régionale Fédérale de la 4^e Région, ayant juridiction aux Etats du Rio Grande do Sul, Santa Catarina et Paraná, et aussi des celles de la Cour Supérieure de Justice, en ce qui concerne le contrôle diffus de constitutionnalité des lois et des actes normatifs, présente des considérations sur l'utilisation du Principe de Réserve de l'Assemblée Plénière, ainsi que de la nécessité de maintenir le système diffus de contrôle de la constitutionnalité, pour arriver à la conclusion que cette juridiction constitutionnelle est nécessaire et indispensable à la sauvegarde de la démocratie. On remarque l'horizontalité du système de contrôle diffus comme un élément indispensable à la conservation de l'équilibre entre les Pouvoirs de la République, en permettant à n'importe quel citoyen d'avoir accès à la juridiction constitutionnelle, en outre, on constate que, à partir d'une interprétation critique, on arrive, par le dévoilement du texte constitutionnel, au besoin de l'utilisation du Principe de Réserve de l'Assemblée Plénière, même dans le cas où on n'écarte pas le texte mis en examen, c'est à dire, quand on réalise une interprétation conforme ou quand la loi est déclarée partiellement inconstitutionnelle, sans réduction du texte, parce qu'il y a toujours une déclaration d'inconstitutionnalité.

Mots clés: Juridiction constitutionnelle. Contrôle diffus. Réserve de l'Assemblée Plénière. Démocratie.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – O ESTADO MODERNO QUE NASCE SEM CONSTITUIÇÃO	16
1.1 Estado de Direito	16
1.2 Estado Liberal e Estado Social	18
1.3 Estado Democrático	21
1.4 O Poder Judiciário no Brasil	25
CAPÍTULO II – O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA: PROBLEMA DA REGRA CONTRAMAJORITÁRIA	33
2.1 Constitucionalismo e Democracia	33
2.2 Problema da Regra Contramajoritária	37
CAPÍTULO III – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – AS MATRIZES DO CONTROLE	48
3.1 A Matriz Estadunidense	53
3.2 A Matriz Francesa	56
3.3 A Matriz Inglesa.....	59
3.4 Controle de Constitucionalidade da Europa Continental (tribunais “ad hoc”)..	61
3.4.1 Áustria	61
3.4.2 Espanha	64
3.4.3 Portugal	65

CAPÍTULO IV – SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	70
4.1 Controle Concentrado	81
CAPÍTULO V – O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	98
5.1 Legitimados a suscitar a questão constitucional	100
5.2 Momento para suscitar o incidente	103
5.3 O art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil	107
5.4 Natureza do controle	111
5.5 Efeitos da decisão	112
CAPÍTULO VI – O ESTADO DA ARTE DA JURISDIÇÃO DIFUSA NO BRASIL: O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	117
6.1 Controle Difuso em Casos Paradigmáticos	119
6.1.1 Superior Tribunal de Justiça	120
6.1.2 Tribunal Regional Federal da 4ª Região	124
6.2 A Utilização do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade	154
6.3 Conclusões sobre a análise das arguições	156
CAPÍTULO VII – UM OLHAR HERMENÊUTICO SOBRE A IMPORTÂNCIA E A VINCULAÇÃO ENTRE A FORMA DIFUSA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	159
7.1 Hermenêutica-interpretação	159
7.1.1 Breve panorama histórico	169
7.1.2 Hermenêutica tradicional	182
CAPÍTULO VIII – UMA NOVA POSTURA HERMENÊUTICA	184
8.1 A hermenêutica superando as crises	190

8.2 A hermenêutica e a vinculação entre a forma difusa de controle de constitucionalidade e a manutenção do Estado Democrático de Direito	204
CONCLUSÃO	212
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	228

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca aproximar o conhecimento recebido da academia com a função exercida na magistratura federal, de forma e de modo a demonstrar a importância e a necessidade de manutenção do controle difuso de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a fim de ser mantida a horizontalidade do sistema no Poder Judiciário, o que permite e fortalece o Estado Democrático de Direito. Para adentrar ao ponto nuclear do trabalho, forçoso que se teça o conteúdo do que seja jurisdição constitucional no seu aspecto atual, buscando suas raízes históricas e fundando-se na postura do constitucionalismo contemporâneo onde regras e princípios coexistem em espaços próprios, não comportamentalizados. Tudo sob o manto de uma posição não-dogmática, que busca por meio de uma postura aberta ao novo e com vista à concretização de uma justiça social multifacetada, assente em princípios constitucionais norteadores de todo o sistema jurídico, traçar as linhas mestras do que é constituição, para, ao depois, examinar o sistema jurisdicional constitucional brasileiro, ao lado de uma descrição do Estado de Direito como Estado Democrático capaz e garante das conquistas do Texto Constitucional brasileiro.

Verifica-se, ainda, a existência de uma condição de eficácia do controle difuso; o Princípio da Reserva de Plenário (art. 97 da Constituição Federal), examinando-se a sua utilização em casos paradigmáticos no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e no Superior Tribunal de Justiça, o que leva, neste passo, a conclusões finais no sentido da manutenção e da obrigatoriedade deste princípio, justamente porque, quando afrontado, permite o controle difuso

em sede de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, mormente quando os Tribunais de Apelação não vêm admitindo o incidente de inconstitucionalidade por seus órgãos fracionários.

São delineadas, também, considerações e estudos sobre a posição do Superior Tribunal de Justiça quando se defronta com questão constitucional a ser resolvida em suas decisões. A par de toda esta pesquisa doutrinária e jurisprudencial, debruça-se, sempre, o trabalho, por meio da hermenêutica filosófica que busca desvelar o sentido do texto em razão da realidade que regula, visando demonstrar que a verticalidade do sistema no Poder Judiciário, em que pesem alentadas vozes que a defendem, ocasiona o desequilíbrio dos poderes do Estado em que a verticalidade e horizontalidade presentes no Judiciário tornam-se posturas únicas capazes de manter a independência e autonomia dos três Poderes.

Assim, extinto o controle difuso, a multiplicidade de decisões será extinta, desvelando-se a capacidade que tem a sociedade organizada em Estado, de buscar, manter e realizar um Estado Democrático de direito, assegurando-se “o exercício dos direitos sociais e individuais, igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.¹

Verifica-se no caso, pois, que a falta de utilização do princípio da reserva de plenário deve-se ao que Lenio Streck chama de baixa constitucionalidade, ou seja:

No Brasil a “baixa constitucionalidade” que atravessa os séculos é fator preponderante para a inefetividade da Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A falta de uma pré-compreensão acerca da revolução copernicana por que passou o constitucionalismo

¹ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

contemporâneo engendrou uma tradição inautêntica acerca do valor representado pela Constituição. O acontecer (*Ereignen*) da Constituição não foi tornado visível, porque, no prévio desvelamento – que é condição de possibilidade deste tornar visível – impregnado pelo sentido comum teórico, não foram criadas as condições propiciadoras da abertura (clareira) necessária e suficiente para a manifestação do ser do ente “Constituição” (e de seus desdobramentos jurídico-políticos, como a igualdade, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais, etc.).²

Desta forma, a manutenção do controle difuso, desvelando, ao lado do controle concentrado, a substancialidade do texto constitucional, é postura essencial à democracia.

A tese desenvolve-se em quatro partes. Na primeira, busca as raízes da Jurisdição Constitucional, tecendo considerações, em especial, sobre o modelo americano e o modelo austríaco, para culminar com o exame do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, delimitando-os, fundamentalmente, a partir do multicitado precedente do Juiz Marshall. Uma breve referência aos sistemas francês e inglês, bem como aos países ibéricos que adotaram tribunais “ad hoc”, complementam o painel sobre o controle de constitucionalidade, no tocante às principais tendências de pensamento.

Vislumbra-se, com efetividade, que o modelo inglês difere substancialmente do modelo americano e do modelo continental europeu. Naquele, a idéia de superioridade normativa aparece no início do século XVII, explicitando-se por uma aliança entre os parlamentares e os juristas. É, no entanto, com Coke (Edward Coke) que se vê a defesa da prevalência da *common law* sobre o parlamento.

Esta doutrina veio influenciar o modelo americano no *judicial review* e na supremacia do Poder Judiciário.

² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito.

A tese analisa o sistema brasileiro, misto de concentrado e difuso, fixando seus limites, suas características.

Na segunda parte, fixa-se o trabalho no exame do artigo 97 da Constituição Federal, sua natureza, suas raízes históricas e efeitos de manifestações decisórias em sede de controle difuso. Ao depois, concentra-se o exame no conteúdo da jurisdição constitucional ligada à democracia, buscando mostrar a estreita ligação entre o Poder Jurisdicional Constitucional Difuso e o modelo Democrático de Estado de Direito.

Na terceira parte, faz-se uma análise das decisões paradigmáticas em sede de controle difuso no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, demonstrando a eficiência da hermenêutica crítica quando da utilização do controle difuso.

Na quarta parte, conclui-se o trabalho pela importância da manutenção do controle difuso de constitucionalidade como forma de fortalecimento da democracia.

CAPÍTULO I

O ESTADO MODERNO QUE NASCE SEM CONSTITUIÇÃO

1.1 Estado de Direito

A Constituição brasileira está perfilada com o constitucionalismo moderno que embasa o atual Estado Democrático de Direito, isto é, funda-se em princípios que só são concretizados na medida da importância e do devido exercício da jurisdição constitucional.

Há, pois, no conteúdo da nossa Constituição um fim último de buscar o resgate do que foi pensado e prometido pelos tempos da modernidade. É, pois, na manutenção da própria ordem constitucional que se pode pensar em justiça social, em sociedade solidária, em concretização de direitos fundamentais.

A partir dos oitocentos, nova classe hegemônica – a burguesia – rompe com a tradição e passa a ser a classe dominante. A estrutura fundamental tem que ser preservada. Vai-se observando um processo de novo embate entre a burguesia e o chamado proletariado – classes operárias.

O modelo de produção fabril começa um processo de urbanização, gerando uma série de novas situações antes inexistentes. A disciplinalização do cotidiano do operário foi feita de maneira arbitrária. A partir dessa urbanização, gera-se uma série de novos fenômenos: problemas de saneamento, saúde, segurança pública, etc. Então, surge um novo embate entre a burguesia e as novas pretensões do proletariado, que, à medida que ganha força, vai transpondo as conquistas jurídicas para dar estabilidade àquelas conquistas. Por isso, o constitucionalismo liberal transforma-se em constitucionalismo social.

O Estado adquire o monopólio da produção e da aplicação do direito. Nasce o conceito de Estado de Direito, que é o conceito do liberalismo. Esta é a idéia clássica de Estado de Direito. Se a ordem jurídica não reflete o conteúdo do liberalismo, não tem um Estado de Direito e sim um Estado legal. As relações interestatais são relações de poder.

O Estado fruto, portanto, de um rompimento histórico com o modelo fragmentário provindo da Idade Média (de atomização de poderes sociais e de pluralidade jurídica), nasce sem uma Constituição, no seu sentido “*stricto sensu*”, sendo sua primeira versão, portanto, absolutista. O surgimento das Constituições vai constituir um entrecruzamento de duas tradições jurídicas: a da politéia, como organização da sociedade, e o modelo triunfante da Revolução Francesa, inspirado no movimento de instaurar uma nova ordem político e jurídica, como fruto da ascensão da burguesia como classe social.³

Dai porque Canotilho diz que este modelo de constitucionalismo moderno assenta, simultaneamente, na fundação e legitimação do poder político e na constitucionalização das liberdades.⁴

No século XIX inaugura-se um Estado mínimo, onde o espaço de intervenção do Estado na sociedade está limitado à paz e à segurança, o que vem caracterizar este Estado e, por via de consequência, o Direito. Chega-se à questão social em razão da alteração dos meios de produção, apresentando novos interesses que precisam ser respondidos. Nova regulação da sociedade, surgem novos mecanismos interventivos. O próprio processo de acumulação de capital inicia com diferenças entre os burgueses. Começa a surgir o conceito de indivíduo de determinado grupo. O Estado vem intervir para regulamentar essas relações que não são reguladas pelo próprio mercado. Há todo um processo de publicização do direito privado. A idéia de liberdade, de autodisposição vai sendo alterada para a idéia de interesses públicos.

³ Idem, p. 289 e 95.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 48-51.

Na primeira metade do século XX surgem várias alterações, cujas origens podem ser encontradas no Manifesto Comunista do século XIX, mas que vêm reforçadas pela Revolução Russa de 1917, a qual coloca uma proposta diferenciada, e culminando com o próprio movimento operário, quando começam a aparecer os “corpos de intermediação” — tais como sindicatos e associações — passando o Estado a interpor a sua autoridade em uma série de acontecimentos, o que é inadmitido no liberalismo clássico. A esta versão de inclusão de direitos sociais, correspondem também os documentos constitucionais do México e da Alemanha (República de Weimar).

No final do século XIX, a doutrina social da Igreja exige que o Estado assuma uma função de intervenção na sociedade para fazer cumprir com os direitos fundamentais.⁵

A partir das duas Grandes Guerras e das graves crises econômicas, suas conseqüências transformam-se em fatores que colocam determinado problema e desestruturam a sociedade, fazendo com que o Estado passe a intervir assumindo novas funções. O Estado passa a ser o produtor, surge a indústria bélica, passa-se a fazer estoques. O Estado passa a ter outro perfil em razão de novas demandas sociais que precisam ser respondidas.

Há uma dupla estratégia: com a burguesia que permite determinadas conquistas, e uma estratégia “proletária”, que é de conquista propriamente dita. O Estado intervencionista é um Estado liberal com características sociais, onde o núcleo é a liberdade.

1.2 Estado Liberal e Estado Social

Não se trata aqui de examinar e estudar o Estado à exaustão por meio da Ciência Política ou da Teoria Geral do Estado, mas sim de buscar, nessas áreas, a necessária configuração desses modelos de Estado de Direito em seus

⁵ Ver Encíclica *Rerum Novarum*. (IGREJA CATOLICA. PAPA (1878-1903: LEO XIII). RERUM NOVARUM).

envolvimentos com as instituições responsáveis pela sociedade organizada sob o manto de um Estado de Direito.

Não se pode deixar de constatar que

Estado, Governo, Democracia, Legitimidade, Poder são questões que, imbricadas, exigem uma disciplina para o estudo de suas complexidades: *é aí que entra a Ciência Política*, forma de saber cujo objeto se desenvolve no tempo - sendo por isso histórica, no dizer de Bobbio – sofrendo contínua transformação, sendo impossível nela aplicar a experimentação, própria dos físicos e biólogos. Lembra nesse sentido o mestre italiano que “não se pode reproduzir uma revolta de camponeses em laboratório por óbvias razões, entre outras, aquela que uma revolta produzida não seria mais uma revolta (note-se a relação entre uma ação cênica, que se pode repetir indefinidamente e a realidade representada pelos acontecimentos: o Hamlet, de Shakespeare, não é o príncipe da Dinamarca que realmente viveu).⁶

Assim, importante neste momento tecer-se o núcleo daquilo que se entende como Estado de Direito. No dizer de Morais:

A idéia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a administração. Na sua origem germânica, está embasada na autolimitação do Estado pelo Direito, pois é o Direito criação daquele. A doutrina francesa, já no século em curso, irá – Duguit, Hauriou, Carré de Malberg, etc. – questionar tal formulação, agregando-lhe novas perspectivas.⁷

O Estado Liberal de Direito é, portanto, “um Estado cuja função principal é estabelecer e manter o Direito cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, bem entendido que Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indiferença sobre seu conteúdo (...) O Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porém não a possibilidade de legitimar qualquer critério concedendo-lhe forma de lei.”⁸

⁶ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 17.

⁷ STRECK, 2000, p. 84.

⁸ GARCIA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1982. p. 52.

No Estado Liberal, vê-se um acento no individualismo, de forma que os direitos individuais são mais desenvolvidos e garantidos.

O Estado de Direito é aquele que determina os poderes e que os limita por intermédio de uma Constituição. Por isso, Canotilho anota que o “Estado Constitucional é ‘mais’ do que o Estado de Direito” e que, neste Estado, “o elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize the State power*)”.⁹

Portanto, feito um apanhado geral sobre as teorias fundamentais construídas em torno do Direito e do Estado, e partindo-se do entendimento de que o ordenamento jurídico é uma unidade complexa, surge o problema da hierarquia das normas bases num sistema completo e aparecem os problemas das antinomias e das lacunas. Daí que, para a efetividade deste ordenamento, necessária uma maneira de se entender o que se deseja expressar. Este é, então, o papel da hermenêutica, que se torna imprescindível na aplicação e interpretação do ordenamento. Tudo buscando-se a explicação e a interpretação do que seria essa ordem, capaz de efetivar comandos abstratos, coercitivos à sociedade que regulamentam.

É, pois, a partir do entendimento de que essa ordem jurídica positivada, em cujo conteúdo estão inseridas as conquistas da democracia, que Streck e Morais¹⁰ concluem que “o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade”.

Assim, somente dentro da concepção de que o Direito tem como objeto um conjunto ordenado de normas, um feixe de textos que sustentam o próprio Estado de Direito por meio da interpretação sistemática de todo o sistema, é que se pode alcançar a efetivação dos direitos fundamentais garantidos.

⁹ CANOTILHO, 1998, p. 95-96.

¹⁰ Conferir em STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

1.3 Estado Democrático

Identificar a essência do Estado Democrático envolve sempre a legitimação do exercício do Poder manifestada pela vontade soberana do povo, que participa das decisões políticas de forma direta ou indireta, por meio de seus representantes. Daí a importância das garantias políticas, especialmente, as relativas ao sufrágio, estarem bem demarcadas na Constituição.

A organização do Estado em sociedade encontra seu fundamento na própria natureza humana, pois o homem é, naturalmente, um ser político, como já dizia Aristóteles¹¹, e por esta razão desenvolveram-se as teorias do contrato social, em que aparecem nomes como o de Locke¹², cujas premissas expressam a realidade contraditória de que é preciso que o homem abra mão de parte de sua liberdade para que possa ser livre – “*se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento*”; Hobbes¹³, o qual defendia que, para uma convivência pacífica entre os indivíduos, seria necessário um poder absoluto e forte o suficiente para impedir a guerra de uns contra os outros; e Rousseau¹⁴, para quem o pacto social seria capaz de transformar os direitos naturais em direitos civis, ou seja, em direitos de todos os indivíduos da sociedade.

Numa visão mais moderna da democracia, Montesquieu traz a idéia de que o povo governa a si mesmo, decidindo sobre as questões da sociedade por meio do sufrágio. Interessante o trecho da clássica obra “Do Espírito das Leis”:

Quando em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma *democracia*. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, trata-se de uma *aristocracia*. O povo, na democracia, é, em certos aspectos, o monarca, e, em outros aspectos, o súdito. O povo somente poderá ser monarca pelos sufrágios, os quais constituem suas vontades. A vontade do soberano é o próprio soberano. As leis que estabelecem o direito de sufrágio são, portanto, fundamentais nesse governo. De

¹¹ ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 14.

¹² LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil** – e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil. Petrópolis: Vozes. 1994. p.

¹³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Ícone, 2000. p. 99.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Discurso sobre a Economia Política**. São Paulo: Hemus, 1981. P. 31-2.

fato, é tão importante regulamentar nesse governo o “como”, “por quem”, “a quem”, e “acerca de que” os sufrágios devem ser atribuídos, quanto o seria, em uma monarquia, saber quem é o monarca, e de que maneira este deve governar.¹⁵

O Estado de Direito qualificado como democrático é aquele que não se baseia apenas em uma legalidade e, sim, fundamenta-se em princípios que são a base de todo o ordenamento jurídico, ou seja, busca-se nesse Estado o repúdio à concentração de poder e ao autoritarismo. Necessário o consenso dos governados, alicerça-se na separação das funções do poder e busca a manutenção e a concretização dos direitos fundamentais.

Esse Estado Democrático necessita para a própria sobrevivência de textos legais que garantam a constitucionalidade de suas ordens, capaz de manter a soberania popular representada pelas autoridades eleitas de forma livre e periódica.

Tudo porque é do próprio texto constitucional brasileiro que decorre o princípio democrático onde “todo o poder emana do povo” (artigo 1º, *caput*, da CF/88).

Assim, é neste passo que tal Estado de Direito resulta de um constitucionalismo onde deve haver um resgate das promessas do Estado do Bem Estar, isto é, no Estado Democrático de Direito há que haver a concretização das promessas de modernidade com a inclusão social, a participação popular e o respeito e o alcance a todos os direitos encontrados no texto constitucional.

No dizer de Canotilho, o princípio democrático – “todo poder vem do povo” – aponta para “um **processo de democratização** extensivo a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural”¹⁶, ou seja, “no sentido constitucional, **democratização da democracia**”, como princípio de “organização da titularidade e exercício do poder” e intimamente vinculado com os direitos fundamentais.¹⁷

¹⁵ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo, 2005. p. 23-4.

¹⁶ CANOTILHO, 1998, p. 283.

¹⁷ *Ibidem*, p. 284.

Como bem se deduz das palavras de Moraes¹⁸, é nestes tempos que se passa a repensar sobre a própria democracia, já que se impõe em face da não-concretização de tantos princípios postos no texto constitucional, uma revolução de substância desta democracia. Por isso, com acerto quando diz:

Várias são as razões desse processo de incapacitação, fragilização e insuficiência por que passa o modelo representativo de fazer política e, portanto, de decidir, seja em razão do número crescente daqueles que conquistavam a inserção no jogo político – cidadania ativa –, o que inviabilizou a tomada de decisão por todos os interessados por meio das *assembléias de cidadãos*, como versão renovada da caricatura de democracia direta da Grécia Antiga, ou por qualquer outro método de participação coletiva direta; seja em face das dificuldades técnicas trazidas pelo tipo e conteúdo dos temas postos em discussão – densidade qualitativa, o que transformou a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, o que dificultou/inviabilizou a tarefa política como o jogo dialético de pretensões; seja, ainda, pelo volume quantitativo de questões postas à solução, o que implicou uma atividade *full time* que excluiu o cidadão – ocupado demais em prover o seu cotidiano – do jogo político, ao mesmo tempo que excluiu o político do debate social dos temas a que é chamado a decidir.¹⁹

O sentido que se atribui ao Estado Democrático é um reflexo da evolução do Direito e das conquistas da sociedade. O Estado Democrático de Direito surge para acrescentar uma feição concretizadora aos direitos de liberdade e igualdade, preconizados, respectivamente, nos Estados Liberal e Social. A experiência histórica demonstra a insuficiência dos sistemas que apenas protegem o cidadão em face do poder estatal sem considerá-lo inserto na sociedade, exposto a outros fatores potencialmente prejudiciais aos seus direitos. Democrático vem a ser o Estado que garante a efetiva realização dos direitos fundamentais representativos dos anseios do povo.

Neste sentido, a crítica de Bonavides, ao assentar que “o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem

¹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Uma Democracia Federal. Novos lugares para a política democrática.** In Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 182.

¹⁹ Idem. p. 190.

capitalista, com o bolchevismo!”²⁰. Sendo assim, pode-se concluir que “o Estado Democrático de Direito aparece como superação do Estado Social de Direito”²¹, na medida em que promove um Estado Material de Direito, com um governo atuante no sentido de garantir direitos e evitar o aniquilamento da soberania popular, vulnerável à força de instituições públicas e privadas.

A Constituição no Estado Democrático de Direito assume uma normatividade substancial, estando a Hermenêutica Constitucional contemporânea atrelada à realização dos valores exsurgentes do contrato social. Aqui, a Constituição surge “*não somente como a explicitação do contrato social, mas, mais do que isso, com a sua força normativa de constituir-ação do Estado.*”²² Como dito acima, o surgimento do Estado de Direito, a organização do homem em sociedade, a finalidade dessa organização – em que os indivíduos abrem mão de parcela de sua liberdade em nome do bem comum – devem ser sempre considerados no momento da criação e da interpretação do Direito. Diante disso, “o papel do direito (e dos Tribunais) fica relegado à tarefa de abrir (e garantir) um espaço, onde, em síntese, é a sociedade civil que funda o Direito.”²³

Os primeiros passos para o reconhecimento do Estado como garantidor de direitos, evidenciam-se a partir de 1945, quando se chega ao denominado Estado de Bem-Estar Social (Estado Social ou Estado Liberal, para alguns). Tal Estado veio para promover o indivíduo e tem um caráter promocional. Há direitos à prestação pública para situações transitórias.

De 1945 a 1970, vivem-se os anos gloriosos com o processo de desenvolvimento econômico, que permite a garantia das conquistas e que aprofunda o conteúdo do bem-estar social.

Nos anos 70, começam as crises, gerando a rachadura do sistema: há decréscimo da situação econômica e aumentam as demandas sociais.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 184.

²¹ DIAZ, **Estado de Derecho y Sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1998. p. 134.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 168.

²³ Idem, p. 177.

Com o crescimento da democracia, aliado ao alargamento de participação política dos indivíduos pelo surgimento do sufrágio universal, por óbvio, as demandas vão aumentando.

O núcleo político no período do liberalismo é contraditório com o núcleo capitalista.

Aparecem as crises :

1- conceitual — o próprio Estado.

2- estrutural — que atinge o Estado como Estado de Bem-estar.

É necessário enfrentar a crise do Estado não só pela crise fiscal, mas porque há a crise ideológica e a filosófica, em razão de que a democracia é um poder ascendente e a burocracia um poder descendente. O Estado precisa moldar essa cultura de um novo homem solidário.

1.4 O Poder Judiciário no Brasil

Tal Estado de Direito apresenta-se em nosso país com a tripartição dos Poderes.

O Brasil, a partir da República e ainda no Império, manteve-se fiel à manutenção do Judiciário como um dos poderes do Estado.

Na atual Carta Política, vê-se, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Atualmente, pois, é o Judiciário poder constituído, garantido pelos princípios da independência e harmonia.

A base conceitual individualista do liberalismo entende os indivíduos num prisma homogêneo onde todos detêm seus direitos individuais e por isso o liberalismo busca resolver o exercício da função de Estado. Neste Estado liberal, o caminho seguido foi assim apontado por García-Pelayo:

- a) *El reconocimiento patente y solemne de un grupo de derechos individuales que acotan una esfera de libertad personal frente al poder del Estado.*
- b) *Un principio de organización de su poder de manera que se limite a sí mismo y garantice la vigencia de tales derechos (división de poderes y otros métodos).*
- c) *La sumisión de la actividad del Estado a unas normas jurídicas precisas mediante las cuales quede eliminado todo arbitrio peligroso para la seguridad de la esfera jurídica individual y contrario a la dignidad e igualdad sustancial de los sometidos (Estado de Derecho).²⁴*

Já, na democracia, busca-se responder quem e como são exercidas as funções do Estado. Continua García-Pelayo discorrendo que, do ponto de vista político,

el sistema democrático se caracteriza por las siguientes notas: a) la voluntad y actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas; b) por conseguinte, el “pueblo”, a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este poder; su voluntad se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es, pues, soberano.²⁵

Para Canotilho,²⁶ o princípio da independência aloca-se como um dos princípios estruturantes jurídico-estatutários deste Poder, subdividindo-se em independência pessoal, coletiva funcional e independência interna e externa.

A independência pessoal refere-se às garantias e incompatibilidades dos magistrados (as quais, na Constituição brasileira, estão previstas, respectivamente, no artigo 95, itens I, II e III, e nos incisos I, II e III de seu parágrafo único). Também é expressão desse princípio da independência a autonomia no exercício da jurisdição, consubstanciada no fato de que eventuais relações hierárquicas dizem respeito

²⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza. 1982. p. 144.

²⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. 1982, p. 169.

²⁶ Conferir em CANOTILHO, 1998, p. 617.

apenas ao plano da organização judicial, não podendo exercer qualquer influência sobre o exercício da função jurisdicional.

A independência coletiva, ao contrário da independência pessoal, que visa à pessoa do juiz, refere-se à autonomia da magistratura enquanto ordem ou corporação.

Já a independência funcional, que, segundo Canotilho, “é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência”,²⁷ informa-nos que o juiz “está submetido à lei — *ou melhor, às fontes jurídico-constitucionalmente reconhecidas* — no exercício da sua função jurisdicional.”²⁸

Por independência externa entende-se a independência do magistrado relativamente aos órgãos ou às entidades que não fazem parte do Poder Judiciário, enquanto que a independência interna diz respeito à independência frente aos órgãos ou às entidades do próprio Poder.

“A harmonia entre os poderes”, diz Silva, “verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”.²⁹

E segue o mencionado autor:

De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o

²⁷ Idem.

²⁸ Idem, p. 617.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 114.

desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.³⁰

Assim, embora distintas as funções e atribuídas a órgãos ou grupo de órgãos também separados entre si, afirma Canotilho que “isto significa não uma equivalência total entre actividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída *principal ou prevalentemente* uma determinada função.”³¹

Em relação à questão dos freios e contrapesos, menciona Canotilho a existência de um “complexo sistema de corresponsabilidades e interdependências” — que se manifesta na participação de poderes diferentes na realização de determinado ato — e “um *sistema de balanço* em que a escolha, nomeação ou manutenção no cargo de um ou vários titulares de órgãos depende da manifestação de vontade de outros órgãos”.³²

Tomando-se, por exemplo, o processo legislativo, verifica-se que dele não participa apenas o Poder Legislativo, uma vez que, conforme o artigo 61 da Constituição Federal, o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores também podem encaminhar projetos de leis complementares e ordinárias. Além disso, dispõe o artigo 62 da Carta Magna que, em casos de relevância e urgência, poderá o Presidente da República adotar medidas provisórias, que terão força de lei. Além disso, o Poder Executivo participa do processo legislativo por intermédio da sanção ou do veto (CF, art. 66, *caput* e § 1º). Por sua vez, o Congresso Nacional pode, segundo estabelecido pelo art. 66 da Constituição, rejeitar o veto presidencial e, por intermédio do Presidente do Senado, promulgar a lei no caso de o Presidente da República não o fazer no prazo estabelecido (CF, art. 66, § 7º).

O Poder Judiciário, por seu turno, pode, por meio do Supremo Tribunal Federal, declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, *a*), visando a retirar a incompatibilidade vertical da ordem

³⁰ Idem.

³¹ CANOTILHO, 1998, p. 515.

³² Idem, p. 516.

jurídica.

Por outro lado, cabe ao Presidente da República nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores (CF, art. 84, item XIV e 52, III, a).

E, de conformidade com o art. 52, I e parágrafo único, cabe ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice da República nos crimes de responsabilidade, aplicando-lhes, no caso de condenação, a pena de perda do cargo.

Silva esclarece que

tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.³³

A organização do Poder Judiciário em assento constitucional é discriminada nos artigos 92 e seguintes da Constituição Federal.

Apenas a título ilustrativo, vê-se em todo o nosso sistema uma hierarquia e uma separação entre o Judiciário Federal e o Estadual. Ambos organizados e desvinculados em suas competências e atribuições.

Os membros deste Poder são garantidos pela inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. Garantias essas que dizem diretamente com a manutenção do próprio Estado de Direito e com os direitos fundamentais dos cidadãos.

³³ Idem, p. 115.

Incumbido de solucionar os conflitos de interesse, por meio da aplicação da lei aos casos concretos, o Poder Judiciário necessita de garantias constitucionais que o tornem independente. Segundo Silva,³⁴ são dois os tipos de garantias asseguradas a esse Poder: *institucionais* e *funcionais* ou *de órgãos*.

As garantias institucionais, que protegem o Poder Judiciário como um todo – para, em última análise, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, pelo livre acesso à justiça e à obtenção de decisões que lhes assegurem respeito e segurança – desdobram-se em *garantia de autonomia orgânico-administrativa* e *garantia de autonomia financeira*.

A garantia de autonomia orgânico-administrativa compreende a independência dos tribunais quanto à estruturação e funcionamento de seus órgãos, consubstanciando-se na competência privativa (a) dos tribunais em geral para eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, observando as regras de processo e as garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição, segundo previsto na Constituição; propor a criação de novas varas judiciárias; prover, por concurso público de provas ou de provas e títulos, os cargos necessários à administração da justiça – salvo os de confiança assim definidos em lei –, desde que haja suficiente e prévia dotação orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 169, parágrafo único); conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros, juízes e servidores que lhe forem imediatamente vinculados; e (b) ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça, observadas as disposições do artigo 169 da Constituição: a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados; a criação ou extinção dos tribunais inferiores; e a alteração da organização e da divisão

³⁴ Idem, p. 576.

judiciárias.³⁵

A autonomia financeira está expressamente prevista no artigo 99 da Constituição, o qual estabelece que cabe aos tribunais a elaboração de suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados em conjunto com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (prevista no art. 165, II), sendo que o encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, cabe – no âmbito da União – aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais, e – no âmbito dos Estados e no Distrito Federal – aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

Outra expressão da autonomia financeira é a disposição do artigo 168 da Constituição que estabelece que até o dia vinte de cada mês será entregue aos órgãos do Poder Judiciário os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, inclusive os créditos suplementares e especiais, destinados a esse Poder.

Muito se tem escrito e falado nestas últimas décadas sobre as funções, os poderes e a reforma deste Poder, o que pode refletir não só a crise de um poder, mas a falência do próprio Estado. É que não se pode mais pensar em nações isoladas, em direitos nacionais, e, sim, pensar-se em examinar a questão sob a ótica da mundialização, fenômeno que, apesar de já gasto nos discursos políticos, é incontestável em face dos avanços em todas as áreas de conhecimento, frente à comunicação instantânea entre os povos e em virtude dos problemas do homem e da sociedade, que se repetem em todas as latitudes e longitudes deste planeta.

Tudo porque as necessidades do ser humano e do seu habitat estão inseridas em um novo contexto, onde o capital é internacional, a doença é contagiosa, os fenômenos naturais repetem-se em muitas áreas e a busca do bem comum é a meta ou deveria ser o objetivo último de todos os governos.

³⁵ José Afonso da Silva menciona também como garantia de autonomia orgânico-administrativa a competência dos “tribunais de justiça para julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, assim como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (CF, art. 96)”, mas entendemos, aqui, tratar-se de competência jurisdicional. *Op. cit.*, p. 577.

A palavra democracia para os antigos representava poder do povo e não como hoje poder de seus representantes. Aliás,

durante séculos, os dois conceitos de democracia e de eleição não confluíram em um conceito unitário como ocorre hoje, porque a democracia para os antigos não se resumia ao processo eleitoral, mesmo que não o excluísse, e, ao contrário, o processo eleitoral é perfeitamente conciliável com as outras duas formas clássicas de governo, a monarquia e a aristocracia. Discutiu-se durante séculos se seria melhor a monarquia hereditária ou a monarquia eletiva: ninguém jamais pensou que uma monarquia, pelo fato de ser eletiva, deixaria de ser monarquia.³⁶

A regra da maioria é característica dos sistemas políticos ditos democráticos, mas não só isso caracteriza a democracia, porque a regra da maioria pode coexistir em regimes autocráticos. Conforme observa Bobbio,

Disso advém que democracia e regra da maioria, em vez de serem dois conceitos de igual extensão, têm apenas uma parte da sua extensão em comum, e portanto passível de ser sobreposta, podendo ocorrer, de um lado, sistemas políticos não-democráticos que conheçam a regra da maioria, seja para a eleição do supremo órgão decisório, seja para a formação das supremas decisões coletivas, e, de outro, decisões coletivas de sistemas democráticos tomadas não com base na regra da maioria, sem que por isso tais sistemas deixem de ser incluídos entre os sistemas democráticos.³⁷

Disso, firma-se o convencimento de que a regra da maioria é apenas um elemento para o bom funcionamento de um sistema democrático. Por isso, a necessidade de uma efetiva jurisdição constitucional capaz de garantir as minorias, concretizando os direitos fundamentais de todos.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos; organizado por Michelangelo Bovero; traduzido por Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 11ª reimpressão. p. 373.

³⁷ Idem. p. 429.

CAPÍTULO II

O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA: PROBLEMA DA REGRA CONTRAMAJORITÁRIA

2.1 Constitucionalismo e Democracia

Sem dúvida, a grande garantia da Democracia neste século XXI tem no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito algo mais em relação ao positivismo que é a necessidade de ter e de manter a capacidade de transformador da realidade. Entendendo-se que hoje há a necessidade de novos contornos do conceito de democracia, ou melhor, agregam-se requisitos não só da representabilidade dos cidadãos no Poder, mas também da capacidade do Estado em concretizar os direitos fundamentais. E isso é, como diz Lenio Streck, o resgate da “realidade perdida”.³⁸

E para que se efetivem tais comandos constitucionais, necessária uma nova visão da jurisdição constitucional – capaz de ser o elemento de força da regra contramajoritária.

A linha que liga tanto o constitucionalismo com a Democracia é o povo, pois ao redor deste “povo” o constitucionalismo busca sua legitimidade e o poder político constitui-se, hoje, sob a forma de Democracia. Friederich Müller aponta a importância do povo no estabelecimento da Constituição, a fim de que esta represente os seus interesses:

³⁸ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 07.

O discurso do poder constituinte do *povo* pressupõe este (via de regra: fingidamente) como o sujeito histórico de um processo histórico (“*constituir*”), e como produto aparece a *Constituição*. Já ficou claro que tudo isso é muito mais complicado; ficou claro também que uma tarefa central dessa expressão está em simplificar tão terrivelmente. Deixando de lado o cerne material da Constituição – critério de aferição do “poder constituinte do povo” –, Constituições são tanto mais conglomerados de privilégios, posições, ativos patrimoniais, objetivos estatais específicos de grupos, quanto mais “o” povo não for unitário e os autores efetivos da dação forem heterogêneos entre si. Em contrapartida, o cerne da Constituição consolida mais energicamente com o que ele nomeia e com o que ele tacitamente pressupõe o ativo patrimonial e a posição hierarquicamente superior do grupo dominante; isso ocorreu com a posição da burguesia econômica no modelo de constituição liberal desde *John Locke*.³⁹

Partindo destas considerações, a questão da democracia está sempre envolvida com o problema da legitimação popular do poder e da capacidade de enfrentar as insuficiências do modelo posto em face da realidade atual, onde o pluralismo social precisa ser respeitado por suas próprias diferenças. E mais, a democracia vê-se sob o influxo de determinações econômicas globais que podem neutralizar algumas ações políticas.

Dito de outro modo, não há possibilidade de falar de democracia sem falar de constitucionalismo e, no que interessa, examinar alguns aspectos relevantes para o desenrolar do presente trabalho.

Esse vínculo indissolúvel entre Democracia e Constitucionalismo é bem comprovado quando Jon Elster ampliando o conceito de democracia o faz ultrapassar o âmbito político ao dispor que “*al promover la auténtica satisfaccion de las necesidades, el capitalismo de una extensión de la democracia en la esfera económica*”⁴⁰.

Constata-se, ainda que o princípio da legalidade insito nas constituições atuais é elemento protetor dos direitos constitucionais, determinando que no presente impossível legislar-se para o passado,

³⁹ MÜLLER, Friederich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 56-7.

⁴⁰ ELSTER, Jon Y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo Y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 28.

*mientras que el imperio de la ley permite que se legisle para el futuro. Ambos son importantes para garantizar la seguridad y la paz del espíritu, sin las cuales no es posible el buen funcionamiento de cualquier sociedad; no obstante, prevalece el principio de legalidad como la condición fundamental.*⁴¹

Assim o desejo dos governantes em manter um poder ilimitado como fato cotidiano na política, encontra no constitucionalismo o freio necessário ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, manifestando-se pelo controle da constitucionalidade dos textos legais e atos administrativos. Tal controle protege os direitos civis e políticos dos cidadãos e, isto, sem sombra de dúvida, limita a democracia e altera a substância de seu conceito, podendo-se concluir que a democracia é rara e instável porque necessita de um constante compromisso. Aliás, como bem anota Adam Przeworski,

*vemos así que las transiciones negociadas a la democracia presentan un dilema: la democracia política sólo es posible al costo de limitar las transformaciones sociales y económicas. Como ya lo observó Marx, en tales condiciones las masas oprimidas tratarán de hacer valer sus derechos políticos para lograr el cambio social y económico, mientras que quienes gozan de privilegios económicos y sociales se verán tentados reiteradamente en buscar la protección de la fuerza.*⁴²

Tocqueville⁴³ relido por Elster faz concluir, também que “*la democracia como variable independiente para explicar varios rasgos de la vida estadounidense: la religión, la opinión pública, la vida familiar, las actividades económicas, los asuntos militares y muchos otros fenómenos*”.

Anote-se por importante que um dos maiores problemas do constitucionalismo “*era estabelecer algún tipo de control sobre el poder del Estado. No sólo había que circunscribir este poder, sino también atarlo a reglas generales o leyes permanentes: la acción del Estado no debía ser arbitraria sino predecible*”⁴⁴.

⁴¹ ELSTER, Jon. *Op. Cit. p. 35.*

⁴² ELSTER, Jon. *Op. Cit. p. 109-110.*

⁴³ ELSTER, Jon. *Op. Cit. p. 127.*

⁴⁴ SEJERSTED, Francis in ELSTER, Jon. *Op. Cit. p. 159.*

Assim, comprova-se com força e importância a flagrante necessidade da jurisdição constitucional que se fixa como poder controlador sobre os poderes de Estado.

De outro modo, não existe tensão entre constitucionalismo e democracia, na medida em que a jurisdição constitucional opera os necessários ajustes. Em que pese Stephen Holmes admitir

*la existencia de una “tensión” irreconcilable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno. Al ponerlo en entredicho, ni intento negar hechos bien conocidos; antes bien, al dudar de una suposición ampliamente compartida, es decir, al atender a la sugerencia (en cierto sentido obvia) de que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente, espero aclarar algunas dimensiones descuidadas de la teoría democrática y constitucional.*⁴⁵

É em John Stuart Mill que se vê a oportunidade e importância de uma constituição que é capaz de impedir que as elites políticas dominem todas as decisões , porque entendeu que

*la democracia es el gobierno por discusión pública y no sólo la imposición de la voluntad mayoritaria. El desacuerdo público es instrumento esencial del gobierno popular. No cualquier “voluntad”, sino aquella voluntad formada en debate vigoroso y abierto debería recibir autoridad soberana. El derecho a la oposición legalmente garantizado es, por tanto, norma fundamental del gobierno democrático; aporta un requisito esencial para la formación de una opinión pública democrática. Los ciudadanos, sin verse amenazados o privados de sus medios de vida, deben poder articular y defender públicamente opiniones políticas heterodoxas. El consentimiento no tiene ningún sentido sin garantías institucionales de impugnación para disentir. La soberanía popular no tiene ningún significado sin reglas que organicen y protejan el debate público.*⁴⁶

A possibilidade de entrever-se um conflito entre democracia e constitucionalismo fica vencida pela desnecessidade, no caso brasileiro de criação de novos textos constitucionais porque há sempre a novação via interpretação à luz da realidade contemporânea do exame dos fatos e dos textos legais.

⁴⁵ HOLMES, Stephen in ELSTER, Jon. *Op.Cit.* 219.

⁴⁶ HOLMES, Stephen in ELSTER, Jon. *Op. Cit.* p. 254-255.

Há, pois, que se concluir com Cass O. Sunstein que

*la democracia no ès un concepto unitario, lo mismo puede...del constitucionalismo. Si interpretamos la democracia en términos pluralistas, será difícil defender el constitucionalismo y, más particularmente, la revisión judicial. Pero hay razones para desconfiar de las políticas pluralistas, las cuales consideran que la actual distribución de la riqueza, así como el conjunto de preferencias son exógenos, por lo que resulta difícil defenderlos aun sobre sus propias premisas. Una de las funciones del constitucionalismo es ponernos en guardia contra las políticas pluralistas o, al menos, limitar sus características más perniciosas.*⁴⁷

Por tudo isto, com razão José Luis Bolzan de Moraes, ao dizer que:

Neste quadro, na base desta democracia, deve estar um povo que não seja tomado apenas como uma população *ícone*, apreendida de forma mítica... *pseudo-sacral* e instituída assim como *padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência* – “*notre bom peuple*”.

Ou seja, estando o povo na raiz do projeto democrático em – permanente – realização é preciso que seja tomado em sua realidade, como ser(es) no mundo, na medida em que, como diz Friederich Müller, *uma democracia constitucional não pode justificar-se apenas perante o povo ativo nem perante o povo enquanto instância de atribuição, mas deve necessariamente poder fazer isso também perante o demos como destinatário de todas as prestações afiançadas que a respectiva cultura constitucional invoca...* – até mesmo porque o seu âmbito de realização não mais está circunscrito aos limites rígidos de um determinado espaço geográfico – o território – ou a significações pré-constituídas definitivamente.⁴⁸

2.2 Problema da Regra Contramajoritária

A regra contramajoritária, ou seja, a possibilidade de se impor limites ao poder de decisão das maiorias necessita de amparo num Estado constitucional, por isso o controle de constitucionalidade difuso, incidental, é mecanismo posto aos cidadãos,

⁴⁷ SUNSTEIN, Cass in ELSTER, Jon Op Cit p. 368: “*Todas estas estrategias representan riesgos, así como beneficios. Mas para todas ellas, un objetivo central de la democracia constitucional es asegurar un ámbito para la discusión pública y para la selección colectiva de preferencias, que nos preserven de los peligros de la tiranía faccionaria y de la representación interesada. Todo ello sugiere que es difícil analizar la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia en abstracto. Algunas constituciones pueden promover la democracia; otras, subvertirla. No hay una tensión inevitable entre democracia y constitucionalismo. En el futuro, la tarea consistirá en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas.*”

na democracia constitucional brasileira, capaz de fazer valer seus direitos fundamentais contra atos e textos legais contrários aos princípios constitucionais. Cabe conferir estudo de Antonio Manuel Peña Freire:

También la convivencia del control de constitucionalidad es una cuestión estratégica, es decir, que depende de circunstancias relacionadas con la cultura política de la sociedad a la que este mecanismo se incorpora (Moreso 2000, p. 102). Quizá en una rawlsiana sociedad bien ordenada en la que el sentido público de la justicia fuera suficientemente fuerte y estuviera bien desarrollado, ante posibles decisiones legislativas injustas, fuese el propio legislativo el que enmendara la situación. Quizá la actuación de un órgano jurisdiccional de control será más precisa allí donde los legislativos son incapaces de corregir estas disfunciones por sí mismos, lo que puede no ocurrir cuando el sentido de la justicia no esté lo suficientemente desarrollado, cuando no consiga incidir o influir en el legislativo hasta el punto de mantenerlo dentro de los límites de la justicia democrática o cuando existan intereses que presionen o controle al poder legislativo y que no expresen consideraciones exhibibles del sentido de la justicia (Freeman 1991, p. 361).⁴⁹

Em sendo a Constituição a norma jurídica suprema no Estado, nada mais importante, coerente e necessário para a manutenção do Estado de Direito do que a existência de uma jurisdição constitucional, colocada nas mãos do Poder Judiciário. Aliás, como bem observa Klaus Stern:

A rigor, deveria ter sido imediatamente plausível a todos a seguinte tese: caso não tivesse sido instituído controle judicial algum da observância da Constituição, o próprio órgão político agente, fosse o Parlamento ou o Governo, decidiria forçosamente se a Constituição teria ou não sido respeitada; a Política triunfaria sobre o Direito. Conforme a História nos ensinou, o Estado de Direito correria riscos de ser atropelado pelo Estado baseado no puro e simples exercício do poder. [*Machtstaaf*] Onde quer que tenha ocorrido, isso sempre foi uma fatalidade para a liberdade e a justiça.⁵⁰

Por isso, sob o entendimento de que necessária para a condução de um Estado que se quer Democrático de Direito, o fortalecimento dos mecanismos de

⁴⁸ BOLZAN DE MORAES, José Luis. **Crise do Estado e Democracia: onde está o povo?** – 2. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 218.

⁴⁹ FREIRE, Antonio Manuel Peña. Constitucionalismo Garantista y Democracia. In **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**. N. 22. Jul/diez 2003. Curitiba: Unibrasil, 2004. P. 62.

controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, mister que se os explicita em sua concretização.

Isto foi fortemente marcado pelo caso *Marbury vs. Madison*, no constitucionalismo americano, matriz pioneira do nosso controle difuso de constitucionalidade. E que a doutrina pátria afirma estar tal competência latente na Constituição americana, porque Hamilton, nos artigos do “The Federalist”, sustentava caber ao Poder Judiciário a competência para a interpretação das leis e que a Constituição era uma Lei Fundamental com preferência sobre a lei ordinária, como se vê:

O primeiro ponto está ligado à consideração óbvia de que deve sempre haver um método constitucional de dar eficácia aos dispositivos constitucionais. De que valeriam, por exemplo, restrições ao poder dos legislativos estaduais sem algum modo constitucional de impor a observância das mesmas? Pelo plano da convenção, os Estados estão proibidos de fazer uma variedade de coisas, das quais algumas são incompatíveis com os direitos da União e outras com os princípios do bom governo. A imposição de taxas sobre artigos importados e a emissão de papel-moeda são exemplos dos dois tipos. Nenhum homem sensato acreditará que tais proibições seriam escrupulosamente obedecidas sem que o governo tivesse algum poder efetivo de restringir ou corrigir suas infrações. Esse poder pode ser exercido ou pelo voto imediato das leis estaduais ou pela atribuição aos tribunais federais da autoridade de revogar aquelas que estejam em contradição manifesta com os artigos da União.⁵¹

Mais adiante, Hamilton observa que:

A partir desta revisão dos poderes específicos do judiciário federal, tal como demarcados na Constituição, manifesta-se que estão todos em conformidade com os princípios que devem governar a estrutura desse poder e que eram necessários para a perfeição do sistema. Caso se revele que a incorporação de algum deles ao plano acarreta alguns inconvenientes parciais, cabe lembrar que o legislativo nacional terá ampla autoridade para fazer tais exceções e prescrever as regulações próprias para reduzir ou eliminar esses inconvenientes. A possibilidade de danos particulares nunca poderá ser vista por uma mente bem informada como objeção sólida a um

⁵⁰ STERN, Klaus. O Juiz e a Aplicação do Direito. In **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 512.

⁵¹ Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral / James Madison, Alexander Hamilton, John Jay; apresentação Isaac Kramnick; tradução Maria Luiza X. de A. Borges. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 488.

princípio geral destinado a evitar danos gerais e promover vantagens gerais.⁵²

Antes de examinar o que representa o Judiciário brasileiro na atualidade, mister que se diga sobre qual Constituição está se falando, qual a Constituição que se revela ao estudo desta tese.

Ora, a lei fundamental, a carta magna, a constituição, todas as terminologias utilizadas podem e devem ser examinadas à luz da teoria contemporânea do constitucionalismo principiológico, que serve de norte para o exame do que é, em substância, esta jurisdição, qualificada de constitucional.

Não há espaço nem se faz necessário tecer-se a história da Constituição, mister que se examine a substância do que se entende por Constituição.

No dizer de Lassalle,⁵³ a única Constituição capaz de solver as lides e manter a paz é aquela fundada nos fatores reais do poder, embasando sua tese de que as questões constitucionais não são questões jurídicas e sim políticas, bem como dispõe que a Constituição expressa as relações de poder dominantes no país a que se refere.

Com efeito, este autor, cujo papel foi fundamental na defesa do voto direto e universal como instrumento de conquista de poder e democratização do Estado, não apenas desenvolveu uma teoria sobre os fundamentos sociológicos das Constituições, como também inaugurou o debate sobre a teoria da eficácia das leis, ao defender a proposição de que uma Constituição só pode ser o que é, jamais o que deveria ser.⁵⁴ Assim, Lassalle, partindo do pressuposto de que o conceito jurídico de Constituição – pelo qual “Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de

⁵² *Idem*, p. 493.

⁵³ Consultar LASALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

⁵⁴ Nesse sentido, afirma Aurélio Wander Bastos no prefácio deste livro: “É bem verdade que entre os juristas não há qualquer consenso conceitual sobre a ‘lei fundamental’, mas o determinismo lassalista chega a reconhecer que, confundindo-se com os fatores reais de poder, ela é uma exigência da necessidade dos próprios fatores de poder, de tal forma que, substantivamente, só pode ser aquilo que realmente é, nunca o que deveria ser”. *In A Essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 14.

um país”⁵⁵ ou “a Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual se baseia a organização do Direito Público do país”⁵⁶ – é uma descrição externa que não se presta a esclarecer qual é o conceito de toda Constituição – vai buscar a essência de toda Constituição em fatores sociológicos que ele intitula de fundamentos essenciais, não-formais – sociais e políticos – de uma Constituição.

Para tanto, estabelece, inicialmente, que “uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”.⁵⁷ Posteriormente, elenca como requisitos necessários e próprios de uma lei fundamental, que servem para distingui-la das demais leis, os seguintes: deve ser fundamental, deve constituir e fazer com que as demais leis sejam leis.⁵⁸

Conclui, então, que os elementos essenciais de uma Constituição são os “*fatores reais de poder*”, afirmando que “os *fatores reais de poder* que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, a *não ser tal como elas são*”.⁵⁹

Logo, a Constituição é, em essência, a realidade da nação, ou seja, os poderes organizados que podem efetivar as ações. Esta constatação é talvez uma das principais contribuições da obra de Lasalle, justamente porque conduz à percepção de que a Constituição escrita, ainda que concebida como reflexo da transformação dos elementos reais de poder, não passará de uma “folha de papel” se não estiver fundada numa realidade fática de transformação social e de mudança nas “forças reais” que se constituem nos “fatores reais de poder”.⁶⁰ Tais fatores, por

⁵⁵ LASALLE, Ferdinand, *Op. Cit.*, p. 22.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*, p. 24.

⁵⁸ No dizer de Lasalle, “A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo.*” E segue o autor: “Sendo a Constituição, a *lei fundamental* de uma nação, será — e agora já começamos a sair das trevas — qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como, já vimos, uma *força ativa* que faz, por uma *exigência da necessidade*, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país *sejam o que realmente são*”. *Op. cit.*, p. 25. (grifo no original)

⁵⁹ LASALLE, 1998, p. 26.

⁶⁰ Sobre a constituição real e a sua relação com a constituição escrita observa Lassalle: “Onde a constituição escrita não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das

sua vez, variam conforme a estrutura social de cada Estado, sendo formados, por exemplo, pelo conjunto integrado pela grande burguesia, pela pequena burguesia, pela monarquia, pelos banqueiros e, em maior ou menor grau, pela consciência social coletiva, pela cultura da nação, pelos operários, sempre observando que o poder da nação é o maior entre todos; contudo, se desorganizado, é ineficaz.⁶¹

Por isso, sintetiza Lasalle:

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.⁶²

Konrad Hesse, em contraposição a Lassale, conclui que a “vontade da Constituição” não é apenas a vontade do poder, mas sim a da consciência geral e, particularmente, a daqueles que são responsáveis pelo ordenamento constitucional. Ou seja, aqueles que podem e devem converter os ditames constitucionais em força ativa.

É esta a conclusão do trabalho de Hesse quando dispõe que:

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não

verdadeiras forças vitais do país. (...) Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira’. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos.” E acrescenta que “igualmente acontece com as constituições”, concluindo que “de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.” *Op. cit.*, p. 47 e 51. (grifo no original)

⁶¹ Adverte esse mesmo autor: “A vontade do povo, e sobretudo seu grau de acometimento, não é sempre fácil de pulsar, mesmo por aqueles que dele fazem parte. (...) Mas aqui calha a frase de Virgílio: *Sie vos non vobis!* Tu, povo, fabrica-os e paga-os, mas não para ti! Como os canhões são fabricados sempre para o poder *organizado* e somente para ele, a nação sabe que essas máquinas de destruição e de morte, testemunhas latentes de todo o seu poder, a metralharão infalivelmente se se revoltar. Estas razões explicam por que uma força organizada pode sustentar-se anos a fio, sufocando o poder, muito mais forte, porém desorganizado, do país. *Op. cit.* p. 36-37.

⁶² LASALLE, 1998, p. 53. (grifo no original).

foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.⁶³

Tendo, pois, na visão de Hesse que:

A existência da Constituição é, em primeiro lugar, uma questão de sua força normativa. Quanto mais a ordem constitucional corresponde às realidades da situação histórica, quanto maior é a disposição de reconhecer os conteúdos da Constituição como obrigatórios e quanto mais firme é a determinação de atualizar esses conteúdos, também contra resistências, tanto mais e mais seguro aquelas ameaças poderão ser evitadas ou rechaçadas. Onde o consenso fundamental, no qual se assenta, ao fim e ao cabo, a força normativa da Constituição, falta ou deixa de existir, perde a Constituição a base de sua força de vida e eficácia e asseguramentos institucionais somente não mais são capazes de auxiliar.⁶⁴

Há, pois, que se transmutarem posições ditas normativistas – fruto do positivismo de Kelsen – para admitir-se a nova postura, onde regras e princípios têm carga normativa e os princípios constitucionais, quer explícitos ou implícitos, desvelam-se por seus conteúdos e nunca são revelados por regras porque, então, estar-se-á a interpretar princípios por meio de regras, cujo espaço é distinto, não podendo preencher aquele prescrito por um princípio.

Portanto, o que importa para a presente tese é a noção adotada por esta postura substancialista que vê a jurisdição constitucional como

Firmadora do conceito de legislação (entendida não como “legislação constitucional”, mas, sim, como legislação infraconstitucional, que sustenta as práticas de índole liberal-individualista), produz um discurso hermeneuticamente inautêntico. Isto porque a tradição, para Gadamer, além de carregar consigo historicamente as possibilidades de compreensão, também nos lega os pré-juízos, que se distinguem em falsos e verdadeiros (autênticos ou inautênticos). Em *Verdad y Método*, traça um conceito de pré-juízo, em que pré-juízo quer dizer

⁶³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 32.

⁶⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 503 e 504.

um juízo que se forma antes da convalidação definitiva de todos os momentos que são objetivamente determinantes. O problema acentua-se no que diz respeito à legitimação dos pré-juízos. *Para isto, a razão crítica possui a inquestionável tarefa de distinguir pré-juízos autênticos dos inautênticos.*⁶⁵

Neste sentido, Lenio Streck vai salientar que as teorias materiais-substantivas da Constituição trabalham com a perspectiva de que “a implementação dos direitos e valores substantivos afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito”.⁶⁶ Esta postura inclui, portanto, uma crítica às teorias da Constituição vista como processo, na medida em que esta pareceria estar dirigida “somente aos juízos, porém não aos cidadãos, nem aos representantes.”⁶⁷ Em síntese, a corrente substancialista entende que:

mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiores eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política. (...) trabalha na perspectiva de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado). É o *constitucionalismo-dirigente* que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e em especial, a justiça constitucional) passe a ter um *papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional.*⁶⁸

Desta interpretação reconstrutiva, que impulsiona, inclusive, a política dos direitos fundamentais, sobressaem os múltiplos papéis dos Tribunais:⁶⁹ de regulador da atividade pública, “definindo e aperfeiçoando as repartições de competência entre os órgãos estatais”; de promotor dos direitos fundamentais, protegendo direitos

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 843-4.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 14.

⁶⁷ Idem, p. 21.

⁶⁸ Idem, p. 21.

⁶⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 893.

individuais, ao mesmo tempo que “atualiza e promove o repertório dos demais direitos”; de agente de pacificação mediadora dos conflitos políticos e sociais, “evitando as rupturas sísmicas descontroladas”; de “instrumento de ‘premonição’, ao se antecipar às soluções legislativas, por meio de uma jurisprudência criativa que estimula o trabalho do legislador, inclusive constituinte”; e, finalmente, “peça de correção” não apenas da lei, “mas da própria Constituição, realizando as ‘reformas constitucionais silenciosas’”.

A fiscalização da constitucionalidade das leis, as quais refletem, em princípio, a vontade do povo, uma vez elaboradas e aprovadas pela maioria dos parlamentares que elegeram para lhes representar, traz a tona a questão dos limites e da forma deste controle ao se verificar uma crescente politização do Judiciário. A regra contramajoritária constitui, justamente, um freio às vontades de maiorias eventuais, que, em confronto com a Constituição, usurpam os poderes confiados pela sociedade. Tal é a tese *substantivista ou materialista*, segundo a qual o papel exercido pela jurisdição constitucional reforça a relação Constituição-democracia. No entanto, em oposição aos adeptos das teorias materiais-substanciais, vêm as *processuais-procedimentais*, as quais consideram que a regra contramajoritária enfraquece a democracia, pois não haveria legitimidade na justiça constitucional, uma vez que, no momento do controle, não estaria presente a opinião do povo.⁷⁰

Habermas, o principal defensor do procedimentalismo, critica a aplicação das normas por meio de um processo hermenêutico que as considera como valores. Não nega o conteúdo moral do direito, antes disso o acolhe, alinhando-se ao construtivismo principiológico de Dworkin. Aliás, concorda com o mesmo – e aqui está o enfoque da sua crítica ao substancialismo – no sentido de que a interpretação e a aplicação das normas jurídicas deve reger-se “por uma lógica deontológica binária (princípio da adequabilidade das normas à unicidade e irrepetibilidade da situação concreta de aplicação), e não por uma axiologia gradual e multipolar (princípio da adequação e dos princípios dos valores)”.⁷¹

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

⁷¹ Idem. p. 16.

Na visão de Habermas, a divisão dos Poderes do Estado exige uma assimetria no cruzamento dos mesmos, ou seja, o Executivo não pode interferir nas funções legislativas e judiciárias e deve se submeter, ademais, à supervisão do Legislativo e do Judiciário. Esta a lógica da divisão dos Poderes para o jusfilósofo alemão, o qual afirma, ainda, que: 1) o Judiciário deverá possuir meios coercitivos para fazer valer as decisões tomadas contra os atos de recusa do parlamento e do governo; e 2) o controle de constitucionalidade é função que deve ser atribuída ao legislador, uma vez que “a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas”.⁷²

Diante disso, a proposta de Habermas é um modelo de democracia que, ao invés de se fundar em valores ou conteúdos substantivos, fundamente-se “em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma ‘nação de cultura’, mas, sim, em uma ‘nação de cidadãos’”. Assim, conclui que aos Tribunais Constitucionais resta a tarefa de “proteger um processo de criação democrática do direito”.⁷³

O controle de constitucionalidade calcado numa hermenêutica valorativa exerce, todavia, papel fundamental na concretização dos direitos conquistados, reconhecidos e assentados pelas sociedades em suas Constituições. Esta é a idéia e a crítica das teorias materiais-substanciais às teorias processuais-procedimentais, que não servem para a efetiva proteção dos cidadãos.

A judicialização da política, em certos aspectos, torna-se inevitável, em face da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas. De nada adiantaria um procedimento que garantisse a adoção de decisões coletivas se estas não fossem cumpridas, a começar pela própria Constituição, cujo espírito deverá corresponder à vontade do povo. Em países de modernidade tardia, tais

⁷² Idem. p. 19.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 19.

como o Brasil, mais notória ainda é a necessidade de se estabelecerem na Constituição direitos fundamentais-sociais que garantam a segurança dos cidadãos.

A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade é uma preocupação daqueles que defendem a implementação de direitos e valores substantivos “como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contedúístico que une política e direito”.⁷⁴

Do debate substancialista e procedimentalista tem-se que para o procedimentalismo a Constituição garante apenas mecanismos de participação democrática no sistema, e a posição substancialista garante e exige textos que refletem tal participação. Ou dizendo de outra forma ao Poder Judiciário cabe assumir a função de intérprete que demonstra a vontade geral ínsita nos princípios e nas regras constitucionais, capaz de fazer a constituição contra as maiorias e que esta Constituição é a explicitação do contrato social sempre a partir de uma postura hermenêutica que busca desvelar o sentido do texto constitucional.

⁷⁴ Idem. p. 14.

CAPÍTULO III

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – AS MATRIZES DE CONTROLE

As questões sobre a legitimação do processo constitucional, da repartição de poderes do Estado e da democratização das instituições públicas têm sido uma tona desde o final do século passado. Não há teoria constitucional na atualidade que exclua a necessidade de existência de um controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, capaz de permitir o fortalecimento da democracia. O ponto central deste constitucionalismo atual envolve, certamente, a questão do exercício do poder de controle de constitucionalidade.

Portanto, é nesta contemporaneidade que se busca aprofundar reflexões do que seja e de onde se originou a jurisdição constitucional.

Parte-se, por conseguinte, da necessidade de cunhar o entendimento que filtrará todo o trabalho, do que se conceitua aqui como Constituição. Tudo para que se possa dizer sobre o que representa a jurisdição constitucional. O que se busca é verificar, na teoria constitucional, cuja visão embasa o presente trabalho, o significado atual de Constituição e suas implicações na área de seu controle.

O constitucionalismo contemporâneo, onde a Constituição é política e social, apresenta caráter principiológico, com força normativa. Assim,

o direito constitucional moderno provém do *constitucionalismo*; e mesmo quando, como sucede em numerosos países nas últimas décadas, se distancia muitíssimo das linhas ideológicas iniciais deste, está associado a noções de Constituição material, formal e instrumental antes desconhecidas. É o Direito constitucional assim balizado que se torna, por seu turno, alvo de um tratamento científico e didático especializado - aquele que leva a cabo a ciência do

Direito constitucional e a que não pode comparar-se o rudimentar e vago tratamento do precedente Direito público.⁷⁵

Para expressar-se aquilo que se diz com a palavra constitucionalismo, tem-se como importante aqueles que buscam explicá-lo como um procedimento jurídico, uma prescrição que se torna legítima e capaz de obrigar seu cumprimento pelos governantes e governados. Em suma, como ensina Matteucci “*es una técnica de la libertad contra el poder arbitrario*”.⁷⁶ É, pois, com esses pensamentos que se vai examinar o constitucionalismo moderno, ou seja, com a visão e “*la exclusiva confianza en el derecho para institucionalizar y para dirimir los conflictos y subordinar la fuerza a um principio superior*”.⁷⁷

O constitucionalismo dos séculos XVI a XVIII vem marcado por uma aspiração de uma constituição escrita, por uma legitimidade ligada ao jusnaturalismo e cuja função é de garantir os direitos dos cidadãos impedindo sua violação pelo Estado.

Por isso, afirma Matteucci que os debates sobre o constitucionalismo da Idade Moderna está ligados a três princípios:

*El de la constitución equilibrada (checks and balances), que es una reinterpretación del ideal clásico del Estado mixto; el de la soberanía de las leyes, que es una herencia de la Edad Media; y, finalmente, el de la separación de poderes, que es típico de la Edad Contemporánea que comienza con las revoluciones americana e francesa.*⁷⁸

Aliada a esta postura atual, onde regras e princípios contêm força normativa capazes de prescrever condutas e limitar condutas do próprio Estado, a Constituição, assim revisitada, atribui a determinados órgãos de um dos Poderes da União, o Judiciário, a “jurisdição” qualificada como “constitucional”, capaz de determinar o que está ou não conforme com o texto constitucional vigente.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 17. t. 1.

⁷⁶ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 1998. p. 24.

⁷⁷ MATTEUCCI, 1998, p. 24.

⁷⁸ MATTEUCCI, 1998. p. 27.

É esta parcela da “vontade atual dos participantes de vida constitucional”⁷⁹ que será examinada neste trabalho, a partir de Konrad Hesse:

Como a Constituição, como toda ordem jurídica, carece de atualização pela atividade humana, sua força normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos, também contra resistências; isso tanto mais que a atualização da Constituição não pode, em igual proporção, como a atualização de outro direito, pelos poderes estatais- que, primeiro, justamente, nessa atualização são constituídos -, ser apoiada e garantida.

Depende, por isso, decisivamente daquela vontade que, por sua vez, assenta-se sobre o consenso fundamental que assegura à ordem jurídica existência duradoura (comparar supra, número de margem 15); a concórdia do constituinte histórico deve fundamentalmente persistir sob aqueles cuja atividade e colaboração ele empreendeu dirigir e determinar nas normas da Constituição. Quanto mais intensa é a “vontade para a Constituição”, tanto mais longe ele é capaz de ampliar os limites da possibilidade de realização da Constituição. Eliminá-los completamente ele não pode. Somente nesta medida, na qual ambas as condições estão dadas, a Constituição é capaz de desenvolver força normativa.

Sob o aspecto das condições de realização do Direito Constitucional, Constituição e ‘realidade’, portanto, não podem ser isoladas uma da outra. O mesmo vale para o próprio *procedimento de realização*. O conteúdo de uma norma constitucional não se deixa geralmente realizar somente sobre a base das exigências – que se expressam, sobretudo, na forma de um texto lingüístico- que estão contidas na norma, e precisamente tanto menos quanto mais geral, incompleto, indeterminado é formulado o texto da norma. Para poder dirigir conduta humana na situação respectiva carece, por isso, a norma, em geral, mais ou menos fragmentária, de concretização. Essa só é possível ao, do lado do contexto normativo, as particularidades das condições de vida concretas, com as quais a norma está relacionada, ser incluídas no procedimento: a atividade realizadora da norma constitucional não pode passar por cima dessas particularidades se ela não quer desacertar a situação problemática, cujo vencimento é importante para a Constituição.

A força normativa da Constituição, neste parâmetro, é fundamental para o desenvolvimento do próprio controle de constitucionalidade, na medida em que, quanto mais intensa esta vontade, maior a possibilidade de concretização da própria Constituição. Mas isto, como bem salienta Konrad Hesse, não pode passar por cima das particularidades. É a partir desta análise e deste entendimento que se examina o poder concedido pelo texto constitucional brasileiro ao Poder Judiciário, ou seja, a jurisdição dita constitucional.

⁷⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 49-50.

Muito tem sido escrito e muito tem sido agregado à chamada teoria contemporânea do constitucionalismo, em que regras e princípios são, muitas vezes, definidos, conceituados de forma atécnica, sem a necessária cientificidade e sem que se procure demonstrar como e de que maneira se podem concretizar e efetivar aqueles comandos que enfeixam princípios elevados à categoria de fundantes da ordem jurídica.

É que, muitas vezes, na busca frenética de construções novas, escapa-se da verdadeira dimensão do que seja determinado ordenamento jurídico, para que serve, quais seus destinatários e qual sua razão própria de ser. É, pois, esta jurisdição qualificada como constitucional, capaz de efetivar o texto constitucional, afastando os textos contrários à sua substância que será primeiro examinada em suas origens.

Esta jurisdição capaz de fazer um juízo de conformidade ou não com o texto constitucional, que é atribuída aos órgãos do Judiciário brasileiro, é que será objeto de exame, na sua forma difusa.

Tal jurisdição é capaz e bastante para, tecendo juízos sobre as relações entre os textos legais e normativos e o texto constitucional, concluir pela existência, validade e eficácia do texto sob controle. Daí a importância de sua manutenção na espécie difusa capaz de ser também um elo de equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Falar de jurisdição constitucional é falar de poder. Esta atividade estatal, dentro de uma visão do constitucionalismo clássico, é uma atividade estatal com vista à manutenção da supremacia da Constituição. Enquanto na visão contemporânea, o poder deve ser encarado como atividade destinada à manutenção do Estado de Direito e do Estado de Direito qualificado democrático.

É, pois, atividade do órgão judiciário no sistema brasileiro, voltado à manutenção da integridade do sistema jurídico, e, por via de consequência, à

manutenção da Democracia como fundamento para a concretização dos direitos humanos.

Para que se chegue ao exame do sistema difuso de controle de constitucionalidade, mister se incursionar às origens deste poder de controle. Nas palavras de Hesse, a Constituição compõe-se de normas e nelas

estão exigências à conduta humana, ainda não a essa conduta mesma; elas permanecem letra morta e nada produzem se o conteúdo daquelas exigências não passa à conduta humana. Direito Constitucional não se deixa, nesse aspecto, desatar da atuação humana. Somente quando ele é por ela e nela “realizado” ganha ele a realidade da ordem vivida, formativa e configuradora da realidade histórica e ele é capaz de cumprir sua função na vida da coletividade.⁸⁰

Daí o aspecto que demonstra que a realidade da Constituição deve passar pela interpretação dada ao texto constitucional e a sua eficácia, ou seja, a capacidade de quem o aplica fazer exsurgir os princípios norteadores da substância ali regradada. É o afastamento de uma posição meramente formalista para apreender-se a essência do texto posto e a realidade da sociedade por ela regulado.

É justamente o caráter normativo dos princípios que marca a posição constitucionalista contemporânea, afasta a velha hermenêutica de bloqueio, onde os princípios têm um caráter meramente programático. Por isso, diz-se que a revolução da constituição no século XX tem os efeitos daquela feita pelos códigos no século XIX.

Conforme salienta Paulo Bonavides:⁸¹

O traço capital de separação entre esse método e a técnica interpretativa dos positivistas do século XIX consiste no primeiro se tornar profundamente *crítico* com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que servem de critério para o trabalho jurídico de interpretação, ao passo que o segundo – o dos antigos positivistas – fica invariavelmente acorrentado a uma análise interpretativa de

⁸⁰ HESSE, op. cit., p. 47.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 437.

feição meramente *formal*, e que, segundo Smend, “decompõe o Direito Constitucional num agregado de normas e institutos isolados”, submetidos a uma normatividade de todo abstrata.

A Constituição, com sua supremacia capaz de dar concretude aos princípios e regras nela dispostos e para manter a legitimidade do próprio agrupamento político-estatal, necessita de mecanismos que controlem, que busquem delimitar seus campos próprios de regramento, que conduzam a uma concretização dos direitos fundamentais, que mantenham a integridade dos Poderes do Estado, enfim, que permitam a higidez do Estado Democrático de Direito, e esta é atribuição da chamada jurisdição constitucional. Atribuição determinada pelo texto constitucional cuja origem será examinada a partir do modelo norte-americano.

No dizer de Jorge Miranda, quatro são as posturas que os tribunais podem adotar relativamente a questões de inconstitucionalidade.⁸² a) incompetência para conhecer e para decidir, como é o caso do modelo de matriz francesa; b) competência para conhecer e para decidir, com direito a recurso ao tribunal superior, como no modelo norte-americano; c) competência para conhecer, mas não para decidir, pois esta compete a Tribunal Constitucional fora da ordem judicial, tal como o modelo austríaco após modificações de 1929; d) competência para conhecer e para decidir, havendo possibilidade de recurso para um tribunal situado fora da ordem constitucional, tal como o sistema português pós-1976.

3.1 A Matriz Estadunidense

Há que se constatar que o Federalista é o marco do constitucionalismo americano o qual é fonte do constitucionalismo contemporâneo que, redefinindo a democracia liberal dos anos antecedentes agora como sistemas plurais e regimes representativos de todo o povo, busca demonstrar a essência do político-jurídico do Estado de Direito Democrático. Estes fundamentos só chegaram à Europa com a obra de Alexis de Tocqueville – *Démocratie em Amérique*. Assim, observa Matteucci que:

*El Federalist es el gran clásico del constitucionalismo americano, que hasta ahora há permanecido insuperado. Las teorías contemporáneas, tendentes a redefinir la democracia liberal de los modernos como sistemas constitucional-pluralistas o como regímenes poliárquicos, tienen, em esta recompilación de artículos, su fuente. Com todo eso este texto, traducido al francés em 1792, em plena Revolución, ha tenido escasísima resonancia en Europa y ha sido recibido sólo indirectamente a través del más amplio discurso sobre la Démocratie em Amérique de Alexis de Tocqueville, el cual no obstante lo utiliza más como una fuente o comentario de la constitución que como un clásico del pensamiento político. No obstante, a través del discurso del Federalist, Tocqueville – um liberal de nuevo cuño, como él mismo se define – llega a aceptar la democracia. Éstos son los hilos a través de los que se encuentran constitucionalismo, liberalismo y democracia.*⁸³

A originalidade da Revolução Americana para a história do constitucionalismo consiste, no entender de Mateucci, “em um discurso sobre o governo, que prescinde do conceito desenvolvido com o crescimento do Estado moderno, a soberania, entendida como um poder invisível e *legibus solutus*.”⁸⁴ Desta forma, o problema de controlar e limitar o governo “ não se traduz no problema de limitar e controlar o rei, mas sim a classe dirigente, em defesa dos direitos da sociedade ou do povo.”⁸⁵

Nos termos da Constituição dos Estados Unidos, o Poder Judiciário consta de uma Suprema Corte, essa com absoluta supremacia constitucional, e tribunais inferiores.

Inexiste, contudo, dentre as hipóteses da Suprema Corte, a possibilidade de exame, em abstrato, da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de um poder público, originariamente. Por sua vez, exerce o controle difuso de constitucionalidade, seja de leis ou atos normativos federais, seja de leis ou atos normativos estaduais e municipais.

A supremacia constitucional foi firmada a partir do multicitado caso *Marbury vs. Madison*, em decisão relatada por John Marshall. Marbury fora nomeado em

⁸² MIRANDA, Jorge. A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 15.

⁸³ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 1998. p. 216.

⁸⁴ Idem, p. 163.

⁸⁵ Idem, p. 164

1801 para o cargo de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, nos termos legais, pelo então Presidente da República, John Adams, que era do Partido Federalista e estava no final do mandato. Já nomeado, não houve tempo hábil, contudo, para sua posse, antes que assumisse a Presidência da República o republicano Thomas Jefferson. Este, por sua vez, determinou que negasse posse a Marbury que, em virtude disto, requereu à Suprema Corte um *mandamus*, para que o Secretário de Estado, Madison, fosse obrigado a dar-lhe posse. A par do conflito jurídico havia, também, o conflito político, em que, de um lado, a Suprema Corte era majoritariamente federalista, e, de outro, o Congresso e o Executivo estavam sob controle dos republicanos.⁸⁶

Marshall analisou a questão sob o ponto de vista constitucional, ou seja, verificando a compatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para hipóteses de erros ilegais do Executivo, e a Constituição, que previa a competência originária da Suprema Corte (art. III, seção 2).

Assim, ao mesmo tempo que entendeu ilegal a conduta do Secretário de Estado, por recusar-se a expedir a comissão devida a Marbury, também considerou, preliminarmente, a incompetência da Suprema Corte para emitir o mandado requerido, pois a Constituição estabelecia, de forma exaustiva, a competência originária, o que não poderia ser ampliada por Lei Judiciária.

No sistema norte-americano, apesar de o controle difuso permitir a todos os juízes e tribunais a declaração de inconstitucionalidade, raramente este é exercido pelo juiz de primeiro grau, sendo a regra, na prática, o controle pelos Tribunais Superiores.

Assim, ao verificarem a compatibilidade do texto legal com o texto constitucional, entendem que devem as regras infraconstitucionais ser afastadas quando contrárias ou conflitantes com o texto constitucional, constituindo-se tal atribuição em dever essencial do Judiciário.

⁸⁶ Vide, a respeito: TRIBE, Lawrence. **American Constitutional Law**. 2ªed. Mineola: Foundation Press, 1988, p. 23-43.

Neste sistema⁸⁷, o dever de controle atinge as leis em todas as esferas – federal, municipal e estadual – competindo a todos os tribunais e em todos os graus, desde que a análise da questão constitucional seja realizada com a presença de todos os juízes.

Presume-se, em realidade, a constitucionalidade da lei, e qualquer divergência entre a lei e a sua constitucionalidade deve ser absolutamente clara, somente podendo ser apontada a inconstitucionalidade por aqueles que tenham seus direitos afetados. No exame da constitucionalidade, não podem ser emitidos juízos de conveniência e oportunidade, devendo-se ter em conta, na interpretação a respeito da constitucionalidade ou não, a teleologia.

A lei, desta forma, pode ser parcialmente inconstitucional, e a declaração de inconstitucionalidade nulifica o ato legislativo, como se jamais tivesse existido e, portanto, sem potencialidade de gerar direitos e obrigações. Ademais, o sistema jurídico não estabelece, como competência para a Suprema Corte, qualquer possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, por meio de ação originária.

A introdução do *judicial review* na história das tradições coloniais americanas reconhecia aos juízes e tribunais o poder de examinar a constitucionalidade das leis. Dessa forma, a escolha de introduzir este poder aos juízes terminou “por reinventar a Constituição, pois reconhecia a ela uma densidade normativa até então discutível e abria espaço para uma verdadeira reelaboração ou atualização de seu conteúdo.”⁸⁸

3.2 A Matriz Francesa

Na sistemática francesa, a idéia de conferir a um órgão político a salvaguarda da Constituição tem razões históricas.

⁸⁷ Ibidem, p. 102-103

⁸⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 32.

É que a Revolução Francesa não se fez apenas contra a tirania do Rei, mas também contra os privilégios do Judiciário, em cuja atuação, à época do Antigo Regime, era presente a lembrança dos abusos praticados, em especial das Cortes Superiores, onde a sua função era um direito patrimonial sobrevivido às custas dos litigantes. Em realidade, um direito patrimonial que desfrutavam “do mesmo modo que um proprietário que sabe desfrutar de seu próprio poder”, e eram, desta forma, os mais implacáveis adversários de qualquer reforma em sentido liberal.⁸⁹

Desta forma, seria mera consequência a crença de que a soberania da Nação, representada pelo Parlamento, afastaria o poder absoluto dos juízes e do rei, nada lhe podendo ser superior. E mesmo a teoria de Montesquieu não era considerada absolutamente incompatível com a “possibilidade de interferência dos juízes na esfera do Poder Legislativo”, visto, nestes termos, como a “direta manifestação da soberania popular.”⁹⁰

A idéia de um controle político, portanto, está muito vinculada na cultura francesa da época à idéia rousseauiana de lei como instrumento da vontade geral, assim como a soberania da própria lei, que não pode sofrer controle, senão o advindo das próprias assembléias representativas. Bem diversa, portanto, da concepção norte-americana, baseada em “check and balances” e, assim, baseada no “recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado.”⁹¹

As propostas anteriores à Constituição de 1958 não chegaram a se concretizar, em especial a formulada por Sieyès à época da Constituição do ano III da Revolução (1795), que determinava que competia ao Senado preservar a Constituição.

Segundo Mauro Cappelletti, sempre que se “quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed.; reimpressão. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 97.

⁹⁰ Ibidem, p. 97.

⁹¹ Ibidem, p. 98.

controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária.⁹²

Apenas com o advento da Constituição de 1958 que o dogma da soberania da lei foi rompido tendo em vista o inconveniente de inexistência de controle de constitucionalidade em país que se pretende Estado de Direito.

A inovação constitucional teve as seguintes características:

a) o Poder Legislativo perdeu monopólio na elaboração das leis, com a previsão de referendo para várias hipóteses;

b) a Constituição enumerou matérias sujeitas à legislação do Parlamento, ao passo que estabeleceu poder regulamentar ao Poder Executivo, além de autorização de “ordennances”, com autorização do Poder Legislativo para edição de atos normativos reservados ao campo da lei;

c) desapareceu a soberania das leis, passíveis de controle pelo Conselho Constitucional;

d) o Poder Executivo poderia determinar as matérias a serem votadas ou obrigar Parlamento a votar as matérias de seu interesse.

Ademais, o controle constitucional tem expressa vedação quando o povo adota legislação por meio de referendo, da mesma forma que o controle prévio é obrigatório quando se tratar de hipótese de leis orgânicas ou de regimentos da Assembléia Nacional ou do Senado.

O controle do Conselho Constitucional sobre as leis pode ser realizado:

a) quando da discussão ainda no Parlamento (art. 41 da Constituição);

b) após a votação da lei, mas em período anterior à promulgação (art. 61, alínea 2 da Constituição);

c) depois de promulgada a lei (art. 37, alínea 2, da Constituição), nesta hipótese, em realidade, por solicitação do Governo pode ser dada autorização para modificar, por decreto, lei votada no Parlamento e promulgada além da competência desse.

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed.; reimpressão. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 95.

Este procedimento, por sua vez, foi alvo de críticas por parte de Mauro Cappelletti, tendo em vista várias limitações :⁹³

a) subjetivas, uma vez que somente quatro órgãos estão legitimados ao recurso;

b) objetivas, pela incontrolabilidade por parte do Conselho dos decretos com força de lei do Executivo;

c) temporais, pois o controle somente pode ser exercitado temporalmente antes da promulgação da lei;

c) impossibilidade de prever, desde o início do processo legislativo, cada significado possível da lei e da norma.

O Conselho, por seu turno, não anula a lei (quando ainda não promulgada), mas a declara em desconformidade com a Constituição, não se prevendo qualquer mecanismo para fazer prevalecer o entendimento do Conselho em caso de descumprimento. Daí porque tenha se instalado na doutrina toda uma discussão relativamente ao seu caráter: se efetivamente jurisdicional e se um controle institucional. Por este motivo Mauro Cappelletti sustenta que é um verdadeiro controle de legitimidade constitucional “que vem a se inserir no próprio processo de formação da lei – e deste processo assume, portanto, a mesma natureza.”⁹⁴

3.3 A Matriz Inglesa

Neste sistema, vigora a absoluta “supremacia do Parlamento” em relação aos outros poderes, e, por conseguinte, inclusive em relação ao Poder Judiciário, ainda que, paradoxalmente, tenha favorecido, como influência, a “supremacia dos juízes” nos Estados Unidos da América.⁹⁵

Segundo René David⁹⁶ , na história do direito inglês reconhece-se quatro períodos. O primeiro período é anterior à conquista normanda de 1066. O segundo,

⁹³ CAPPELLETTI, op. cit., p. 30

⁹⁴ Ibidem, p. 29.

⁹⁵ Ibidem, p. 58.

⁹⁶ DAVID, Rene. **Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo**. Trad. de Hermínio Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1986, p. 283-284.

que se estende até a dinastia dos Tudors (1485), é o da formação *da common law*, no qual se desenvolve um sistema de direito novo, comum a todo reino, em substituição aos costumes locais. O terceiro período, vai de 1485 a 1832, corresponde à época de maior crescimento da *common law*, e é marcado pelo desenvolvimento de um sistema complementar que se manifesta nas regras de equidade. Surge, então, o quarto período que começa em 1832 e segue até os dias atuais, no qual a *common law* “deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração”.

A tradição jurídica inglesa, desde o século XIII, firmou-se no sentido de que a lei não era criada, mas somente afirmada ou confirmada pela vontade do soberano, de tal forma que a “*common law*”, fundamental e superior aos “*statutory law*”, poderia ser complementada pelo legislador, mas nunca por ele violada, e, assim, “o direito era, em grande parte, subtraído às intervenções do legislador”.⁹⁷

Edward Coke, desta forma, firmado nesta antiga tradição jurídica, estabeleceu a doutrina da autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação, de modo que, contra o Rei, que se afirmava dotado de inteligência como os juízes e poderia exercitar, pessoalmente, o Poder Judiciário, ele sustentava que os juízes podiam exercitar aquele poder, instruídos na difícil ciência do direito, e tendo em vista a supremacia da “*common law*” sobre a autoridade do Parlamento.

Nestes termos, quem deveria garantir a supremacia da “*common law*” contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro, eram os juízes, os autênticos intérpretes do direito, como verdadeiro poder independente. Esta doutrina, contudo, foi abandonada com a Revolução de 1688, que proclamou a doutrina contrária, de supremacia do Parlamento.

As colônias inglesas da América foram constituídas, inicialmente, como “companhias comerciais”, regidas por “cartas ou estatutos da Coroa”, vinculatórias para a administração colonial e regulando as estruturas jurídicas fundamentais das

⁹⁷ CAPPELLETTI, p. 58.

colônias. O estatuto permitia às colônias aprovar as próprias leis, desde que “razoáveis” e “não contrárias às leis do Reino da Inglaterra”⁹⁸ e, assim, também não contrárias à vontade suprema do Parlamento. Desta forma, explica-se o paradoxo de

o princípio inglês da incontrolada supremacia do poder legislativo tenha podido contribuir, antes de ser um obstáculo, para a formação, na América (e, decênios ou séculos depois, também em outras ex-colônias que alcançaram a independência: no Canadá, na Austrália, na Índia e em outras partes, do oposto sistema em razão do qual também as leis do Parlamento são sujeitas a um controle de validade por parte de todos os juízes.⁹⁹

Assim, quando as colônias proclamaram sua independência da Inglaterra, substituíram as anteriores cartas da Inglaterra pelas novas constituições, entendidas como leis fundamentais e, neste ponto, retomada a mesma doutrina inglesa, de tal maneira que as leis contrárias às novas cartas constitucionais pós-independência seriam nulas e não-aplicáveis. Daí o motivo pelo qual Mauro Cappelletti afirme que o multicitado precedente do Juiz Marshall tinha “mais de um século de história americana” e de precedentes:¹⁰⁰

Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall, iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, (...) não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal.

3.4. Controle de constitucionalidade da Europa Continental (tribunais ‘ad hoc’)

3.4.1 Áustria

Ao contrário da tradição estadunidense, na Europa, até o século XIX, consagrava-se a absoluta supremacia do Parlamento, fonte de emanação da vontade geral, e, portanto, inadmissível, então, qualquer exercício de *judicial review* por meio de membros do Poder Judiciário.

⁹⁸ Ibidem, p. 60.

⁹⁹ Ibidem, p. 62.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 63.

Desta forma, inexistente o princípio do *stare decisis*, os países europeus deveriam “operar com instrumentos jurídicos bem diversos daqueles adotados no sistema estadunidense”, sendo necessário encontrar “um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis”¹⁰¹

A solução apresentada na Áustria, ou seja, a criação de um Tribunal Constitucional, deu origem ao chamado controle concentrado: “concentrado, precisamente, em um único órgão judiciário, idealizado e criado, propositadamente, para esta função de controle normativo”.¹⁰² Tal sistema, por sua vez, não poderia ser baseado na mesma doutrina que foi desenvolvida por Marshall, mas sim em bases distintas: “em lugar daquele raciocínio, vale aqui, antes, a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns.”¹⁰³

Neste sistema, portanto, a inaplicabilidade de uma lei não é decorrência de interpretação de qualquer juiz, no seu “dever de interpretação e aplicação do ‘direito válido’ nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional”, mas sim deve ser argüida somente perante a Corte Constitucional.

Hans Kelsen, neste ponto, será o grande artífice de tal controle concentrado, ao salientar que¹⁰⁴

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, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. (...) Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considerar a lei como inconstitucional, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor em todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 82-83.

¹⁰² Ibidem, p. 84.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 288-290.

também a sua aplicação num caso concreto. **Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal.** Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Foi, portanto, a partir da Constituição austríaca de 1920 que se instituiu o controle concentrado de constitucionalidade, de forma a instituir um tribunal constitucional “fora dos poderes tradicionalmente conhecidos”.

As decisões deste Tribunal¹⁰⁵ retiravam, do ordenamento jurídico, a lei tida como inconstitucional (efeito *erga omnes*), produzindo efeitos a partir de sua publicação (efeito *ex nunc*), tendo em vista que a anulação somente poderia ter efeitos direcionados ao futuro. Anulada a lei, por sua vez, voltava “ a entrar em vigor no mesmo dia em que surjam os efeitos de sua derrogação, a menos que o Tribunal tenha disposto em sentido contrário as disposições legais que haviam sido por ela derogadas”. A anulação, por fim, tinha efeitos *vinculantes*, de forma que ela não gerava possibilidade de recurso, ficando os tribunais e órgãos administrativos vinculados obrigatoriamente.

O sistema constitucional autoriza, contudo, a possibilidade de, excepcionalmente e presente a necessidade de manutenção da segurança jurídica, autorizar um prazo máximo de dezoito meses para que o Governo edite uma lei em substituição àquela declarada inconstitucional. A redação do referido dispositivo constitucional era:

Artigo 89.

Não terão os Tribunais competência para examinar a validade das leis, decretos e tratados devidamente promulgados na medida em que não se disponha outra coisa no presente artigo.

Se um Tribunal concebe objeções por razões de ilegalidade contra a aplicação de algum decreto deverá interpor, ante o Tribunal Constitucional, a súplica para que se anule dito decreto. Se o Tribunal Supremo ou algum tribunal competente para pronunciar-se em segunda instância tivesse reparos contra a aplicação de uma lei

por razões de inconstitucionalidade, deverá interpor perante o Tribunal Constitucional recurso de anulação da referida lei.

Se o decreto que o Tribunal teria que aplicar já não estivesse mais em vigor, deverá o recurso interposto pelo Tribunal para o Tribunal Constitucional solicitar que este dite resolução no sentido de que a norma era ilegal ou anticonstitucional.

Se aplicarão por analogia os parágrafos 2 e 3 aos tratados internacionais com relação ao disposto no art. 140-a.

Se determinará por lei federal quais efeitos surtirá o recurso interposto conforme os parágrafos 2, 3 ou 4 sobre o procedimento pendente ante o Tribunal.

As divergências entre ambos os sistemas decorrem, desta forma, de pressupostos histórico-políticos e sociais: enquanto o sistema norte-americano encontra “sua razão de ser na vontade de estabelecer a supremacia do Poder Judicial (o denominado ‘governo dos juízes’) sobre os poderes restantes, particularmente sobre o Poder Legislativo”; o sistema austríaco representa, “na contramão, um ato de desconfiança nos juízes, cuja finalidade é salvaguardar o princípio da segurança jurídica e restabelecer a supremacia do Parlamento, posta em risco pela batalha iniciada em amplos setores do mundo jurídico a favor do controle jurisdicional (difuso) das leis”.¹⁰⁶

3.4.2 Espanha¹⁰⁷

O Tribunal Constitucional é órgão colocado à parte do Poder Judiciário, sendo composto por doze membros nomeados pelo Rei, sendo quatro propostos pelo Congresso por maioria de três quintos dos membros, quatro propostos pelo Senado por idêntica maioria, dois propostos pelo Governo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judicial. Os membros deverão ser nomeados dentre juristas de reconhecida competência, com mais de quinze anos de exercício profissional, para mandato de nove anos, sendo renovados por grupos a cada três anos. Dentre os membros será escolhido o seu Presidente, que detém voto de qualidade e é eleito para um mandato de três anos.

¹⁰⁶ SEGADO, Francisco Fernández. Controle de constitucionalidade e justiça constitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira & TAVARES, André Ramos. **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 375-376.

¹⁰⁷ Para o que segue, vide: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 363-365.

No sistema espanhol, o controle de constitucionalidade ocorre por via de ação ou direto no chamado “recurso de inconstitucionalidade”, e incidental ou concreto, na denominada “questão de inconstitucionalidade”. Enquanto este controle é realizado por juízes e tribunais, o controle prévio está limitado ao exame dos tratados internacionais, e o recurso de inconstitucionalidade compete ao Tribunal Constitucional. A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica com força de lei, interpretada como jurisprudência, afetará esta última, mas a admissão de recurso de inconstitucionalidade não suspende nem a vigência nem a aplicação da lei, da disposição normativa ou do ato com força de lei, exceto na hipótese prevista no art. 161, nº 2, da Constituição, em que o Governo impugne leis, disposições normativas ou atos com força de lei das Comunidades Autônomas.

Detêm a legitimidade para interposição do recurso de inconstitucionalidade: o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, cinqüenta deputados, cinqüenta senadores, os órgãos colegiados executivos das Comunidades Autônomas e as assembléias das mesmas. Quando um órgão judicial considerar, em processo judicial, que a norma, aplicável ao caso e da qual depende a sentença, possa ser inconstitucional, poderá apresentar questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional, sem efeito suspensivo. Não há, contudo, qualquer previsão de controle difuso de constitucionalidade.

3.4.3 Portugal

O Tribunal Constitucional de Portugal é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por estes; Destes, seis dos designados são obrigatoriamente escolhidos dentre juízes dos tribunais restantes e os demais, dentre juristas, para um mandato de nove anos, não-renovável. O Presidente do Tribunal é eleito pelos respectivos juízes, e todos eles gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade, estando sujeitos, ainda, às incompatibilidades para os juízes.

Ainda que a finalidade precípua seja apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade na forma da Constituição, ainda está no rol de sua competência: a) verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da

República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções; b) verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 129.º e no n.º 3 do artigo 130.º; c) julgar em última instância a regularidade e a validade dos atos de processo eleitoral, nos termos da legislação; d) verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124.º; e) verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respectiva extinção, nos termos da Constituição e da lei; f) verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral; g) julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas; h) julgar as ações de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis.

São inconstitucionais, na redação do art. 277, as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela designados.

A fiscalização preventiva, tratada no art. 278, é a possibilidade de o Presidente da República requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que tenha sido submetido à ratificação, de decreto enviado para promulgação como lei ou decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação tenha sido remetido para assinatura. Tal faculdade também é deferida aos Ministros de Estado para norma constante de decreto legislativo regional ou decreto regulamentar de lei geral da República enviados para assinatura. Quando a norma for constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, a legitimidade é estendida também ao Primeiro Ministro ou um quinto dos Deputados da Assembleia da República.

O prazo para requerer a apreciação é de oito dias, e o Tribunal dispõe de vinte e cinco dias para pronunciar-se a respeito, podendo ser encurtado (art. 278.3,

278.6 e 278.8). A pronúncia pela inconstitucionalidade de norma constante em decreto ou acordo internacional acarreta o veto pelo Presidente ou pelo Representante da República. Se disser respeito a tratado, “este só poderá ser ratificado se a Assembléia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções”.

A fiscalização sucessiva é feita de foram concentrada ou difusa. O controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato é feito a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembléia da República, do Primeiro Ministro, do provedor da Justiça, do Procurador-Geral da República, de um décimo dos deputados da Assembléia da República e, quando se tratar de normas da Regiões Autônomas, dos Ministros da República, das Assembléias legislativas regionais, dos respectivos presidentes ou de um décimo dos deputados e dos presidentes dos governos estaduais.

Nos termos do ar. 281, o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) a inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado; c) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República; d) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

Pelo controle difuso, cabe recurso ao Tribunal Constitucional quando os tribunais: a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

Cabe igualmente recurso das decisões dos tribunais:

a) que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; b) que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na

sua ilegalidade por violação do estatuto da região autônoma ou de lei geral da República; c) que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autônoma; d) que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c). Ao contrário do Brasil, contudo, em Portugal “as decisões do Tribunal Constitucional em sede de controle difuso são cassatórias, como ocorre com a Corte de Cassação em França”.¹⁰⁸

A Constituição portuguesa também estabelece competência para o Tribunal Constitucional declarar que uma organização política perfilha ideologia fascista, decretando sua extinção, além de apreciar, previamente, constitucionalidade e legitimidade das propostas de referendo nacional, regional e local. Tal se deu recentemente, com a pergunta do referendo relativo à interrupção da gravidez, marcado para 11 de fevereiro- “concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”- porque, neste caso, estariam satisfeitos os requisitos de clareza, objetividade e precisão, recaindo sobre apenas uma matéria, tal como previsto na Lei do Referendo.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão previstos claramente no art. 282 da Constituição. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Tratando-se, contudo, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. A Constituição ressalva os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o

¹⁰⁸ Ibidem, p. 373.

Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2, regra, portanto, similar à estabelecida na Lei nº 9.868/99.

O sistema português é misto de controle concentrado e difuso, à semelhança do Brasil (que, contudo, não tem Tribunal Constitucional), mas difere, contudo, por ser exclusivamente normativo, porque inexistem instrumentos jurídicos de proteção de direitos fundamentais por postulação de indivíduos- tais como os nossos mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus, habeas data, ação popular e ação de descumprimento de preceito fundamental. Mas é permitida, no sistema luso, a análise da violação no caso concreto, além de se admitir a impugnação de atos administrativos que lesem direitos e interesses, bem como normas administrativas com eficácia externa lesiva dos direitos e interesses legalmente protegidos, a par da existência de um Supremo Tribunal Administrativo.

CAPÍTULO IV – SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Neste capítulo, faz-se uma análise histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, a partir de textos legais que deferiram ao Judiciário brasileiro o poder de controlar a constitucionalidade dos atos emanados do governo.

A Constituição Imperial de 1824 conferiu independência ao Poder Judiciário, porém, bastante relativa, porque concedia, ao mesmo tempo, amplos poderes ao Imperador, inclusive de exercer controle sobre o Judiciário.¹⁰⁹

Sem dúvida, o Decreto 848 de 1890, ao instituir a Justiça Federal na República Brasileira, incorpora ao Poder Judiciário, então criado, o poder de interpretar as leis para verificar

si ellas são conformes ou não à constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este

¹⁰⁹ Como se vê nas disposições do Capítulo I (Do Poder Moderador) do Título 5º (Do Imperador) da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, cujo teor é o seguinte:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

engenheiro mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembléias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguindo as doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo.¹¹⁰

De outro lado, incorpora o importantíssimo papel da Constituição no Governo Republicano. Diz, ainda, Campos Sales que “a função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglês, foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos”.

Assim, vislumbra-se a adoção de criteriosa fundamentação para criar uma Justiça Federal capaz de dirimir as causas de direito público, mantendo-se, assim:

o princípio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com efficacia a liberdade e os direitos dos cidadãos na luta desigual entre o individuo e o Estado, foi neste organismo rigorosamente observado. A magistratura federal fica de posse das principaes condições de independencia – a perpetuidade, a inamovibilidade e o bem estar. E, si acrescentar-se a isto, que ella, no nobre exercicio de suas elevadas funções, applicando a lei nos casos occurrentes e julgando da inapplicabilidade das suas clausulas ou preceitos mediante provocação dos interessados, todavia não desce jamais a immiscuir-se nas questões politicas, ver-se-há que ficou-lhe assignalada uma posição solida, de socego e tranquillidade de consciencia, aliás indispensavel para que ella possa manter-se nas altas e serenas regiões de onde baixam os arestos da justiça.¹¹¹

Criado, pois, o Supremo Tribunal Federal, composto por 15 juizes federais com clara jurisdição constitucional, conforme se depreende do § único do art. 9º.

Estampado ficou o controle de constitucionalidade disposto pelo Decreto 848 como garantidor da soberania do cidadão, vinculando a liberdade do regime republicano à garantia dos direitos individuais.

¹¹⁰ SALLES, M. Ferraz de Campos. Exposição de motivos do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. *In* **BRASIL**, 1993.

¹¹¹ SALLES, M. Ferraz de Campos. Exposição de motivos do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. *In* **BRASIL**, 1993.

Nasce, então, com a República, o controle jurisdicional dos atos do governo de forma a ser mantida a própria higidez do sistema e do regime republicano. Campos Salles, na Exposição de Motivos do referido Decreto definiu o novo sistema constitucional como:

O organismo judiciário no systema federativo, systema que repousa essencialmente sobre a existencia de duas soberanias na tríplice esphera do poder público, exige para o seu regular funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdição federal e a dos Estados, de tal sorte que o domínio legítimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado.¹¹²

É a partir daí que a função de controle da constitucionalidade das leis nasce para o Poder Judiciário brasileiro, sendo reflexo do pensamento liberal que orientou a formação do Governo Provisório. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada pelo Congresso Nacional, em 24 de fevereiro de 1891, ao tratar do STF em seu artigo 59, § 1º, “a” e “b”, também atribuiu ao Judiciário a fiscalização da legitimidade das leis.¹¹³

Nasce, assim, com a República, a jurisdição constitucional, com nítida inspiração do *judicial review*. Defendido, primeiramente, por Rui Barbosa, tal poder fiscalizatório da constitucionalidade das leis é atribuído ao Poder Judiciário, para que se negasse execução aos atos viciados, mantendo-se o direito do prejudicado.¹¹⁴

O modelo brasileiro, inspirado pelo sistema de controle de constitucionalidade americano, que se vê já no preâmbulo do Decreto 848, apresenta um controle

¹¹² SALLES, M. Ferraz de Campos. Exposição de Motivos do Decreto n. 848, de 11/10/1890. In **BRASIL**, 1993.

¹¹³ Cabe observar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1891 foi antecedida por um texto constitucional provisório, publicado pelo Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, que imediatamente passara a vigorar, na pendência de julgamento pelo Congresso Constituinte. Tal diploma constitucional provisório já previa, em seu art. 58, § 1º, *a e b*, o que, sem significativas alterações, foi previsto no art. 59, § 1º, *a e b*, da Constituição de 1891, cujo teor é o seguinte:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º - *Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:*

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

eminentemente jurisdicional. Aliás, antes da promulgação da Carta de 1891, a Constituição Provisória de 1890 (Decreto 510, de 22 de junho), ao tratar do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 1º, “a” e “b”), atribuíra ao Judiciário idêntica competência, reiterada também pelo Decreto 848, de 11 de outubro do mesmo ano.¹¹⁵

Deixando ainda mais claro o modelo de controle adotado pelo Brasil, a Lei Federal n. 221, de 20 de novembro de 1894, estabeleceu em seu artigo 13, § 10, que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Tal controle não absorveu a substância do *stare decisis* americano, uma vez que não lançava efeitos a todos, gerava efeitos apenas entre as partes, avançou o texto constitucional mas não avançaram os magistrados do STF, incapazes de “olhar o novo”, com olhos novos, como diz Lenio Streck:¹¹⁶

O Supremo Tribunal Federal nasceu com 15 juízes, que foram nomeados 48 horas depois da promulgação da Constituição e instalados 4 dias depois no Edifício da Relação do Rio de Janeiro, na rua do Lavradito. Foi aproveitada a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça, inclusive quatro conselheiros septuagenários, 7 sexagenários e apenas 4 com menos de 60 anos. Alguns eram Viscondes e Barões. O baiano Freitas Henrique foi eleito presidente, o que irritou sobremodo o mais velho, o Visconde Sabará, o consagrado Saião Lobato. Observe-se que o Presidente Deodoro esqueceu-se da aprovação prévia do Senado, exigida pela Constituição. Tal lacuna foi suprida por iniciativa do Senador Amaro Cavalcanti. Rui Barbosa elaborou o Regimento Interno do Senado no que se refere às regras adequadas à aprovação dos Ministros, inspirando-se nas praxes norte-americanas.(...) Com efeito, foi Rui Barbosa quem, em 1893, debatendo uma causa que patrocinava, demonstrou aos membros do Supremo Tribunal Federal o óbvio, isto é, que não somente tinham o direito mas, sobretudo, o dever de

¹¹⁴ Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal, *in Obras Completas de Rui Barbosa*, V. XX, 1983.

¹¹⁵ Veja-se, a propósito, o que dispunham os seguintes dispositivos do Decreto 848: *Art. 3º - Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte. Art. 9º - (...) Parágrafo único - Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados: (...) b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato.*

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 434-5.

declarar inconstitucionais atos normativos incompatíveis com a Constituição.

Nada mais natural que, em razão da própria origem liberal-individualista, o pressuposto que permeou o nascimento da nossa República, as próprias decisões refletissem uma posição eminentemente restritiva cuja interpretação apresentava-se literal. Foi em 1893 que Rui Barbosa, “debatendo uma causa que patrocinava, demonstrou aos membros do Supremo Tribunal Federal o óbvio, isto é, que não somente tinham o direito mas, sobretudo, o dever de declarar inconstitucionais atos normativos incompatíveis com a Constituição”.¹¹⁷

Somente em 1934, a Constituição brasileira acresce a este controle o regime de reserva de Plenário quando dispõe, em seu artigo 179 que “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”. Começa, então, a ser delineado um controle difuso e concreto, a ser exercido pela maioria dos membros dos Tribunais. Tal inserção tem o condão de reforçar o Judiciário como Poder capaz de coibir a vigência de leis contra o sistema da Constituição.

Ao lado dessa fórmula, como medida para compensar a ausência dos efeitos *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, atribuiu-se ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (arts. 91, IV, e 96). A Constituição de 1934 criou, ademais, a representação interventiva, atribuída ao Procurador-Geral da República e que se tratava “de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º) à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º)”.¹¹⁸

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 435.

¹¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-99. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39.

A Constituição de 1937, cuja finalidade era nada mais do que legitimar o golpe do ditador¹¹⁹, consistiu numa regressão em termos de controle de constitucionalidade. Deixou-se de tratar da representação interventiva e da suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. E, no intuito de atenuar a supremacia do Judiciário, definiu-se no art. 96, *parágrafo único*, que

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 de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal.

Na retomada da democracia, a Constituição de 1946 restaurou o sistema anterior à Constituição de 1937, com algumas inovações. Previu, além das competências originária e recursal ordinária do Supremo Tribunal Federal, a competência para julgar em recurso extraordinário (art. 101, III)

as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1946 deu nova conformação à representação interventiva: “o Procurador-Geral da República submeteria ao exame do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucional, em virtude de petição de terceiro, com o seu pronunciamento, pró ou contra”.¹²⁰ Essa, sem dúvida, uma das principais

¹¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 68.

¹²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1980. p. 188. Continua o constitucionalista, ao explicar o procedimento da ação interventiva nos moldes da Constituição de 1946: “e se aquele órgão judicante declarasse a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Congresso Nacional decretaria a intervenção federal. Porém, antes de o Executivo efetivá-la, se limitaria o Congresso a suspender a execução do ato considerado inconstitucional, caso esta medida bastasse para estabelecer a normalidade no Estado federado, evitando-se assim, a concretização da intervenção.”

mudanças no instituto da representação interventiva, porquanto gerou a discussão em torno da discricionariedade do Procurador-Geral da República para submeter ou não a questão ao Supremo e, em submetendo-a, fazê-lo, inclusive, com parecer contrário ao pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade do ato argüido.¹²¹

A Emenda n.16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, nos mesmos moldes da representação interventiva, a representação genérica de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. Introduziu-se, assim, em nosso sistema, o controle abstrato de constitucionalidade. Acresceu-se às competências originárias do Supremo Tribunal a “de processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (art. 101, item I, alínea k, da Constituição de 1946). Cuida-se, aqui, ao contrário da representação interventiva, de uma “representação genérica, apta, portanto, a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição”¹²² e não apenas a proteger os princípios sensíveis em caso de conflito federativo.

A representação genérica de inconstitucionalidade, além de estender o controle timidamente realizado por meio da representação interventiva aos atos normativos federais, amplia os seus fundamentos, passando a abranger todas as normas da Constituição e não apenas os princípios sensíveis, invocados na representação interventiva.

A proposta de uma ação direta veio para resolver o problema da sobrecarga de processos imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos, na medida em que a fórmula do controle abstrato implicaria na formação de precedente

¹²¹ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-99. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43-50.

¹²² Com efeito, anota Clèmerson Clève, que “a representação instituída pela Emenda Constitucional 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma Coletividade Política Estadual. Por isso, a violação apenas dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, de representação genérica, apta, portanto, a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. (...) A representação genérica (...) implica a realização de uma fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque neste caso está em jogo unicamente a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 70-1).

orientador para os julgamentos em que se questionasse a constitucionalidade da norma impugnada. Assim, conforme dispõe a Exposição de Motivos da Emenda 16/65, encaminhada ao Presidente da República pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães,

A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde a definição da “controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres”. Afeiçoa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inciso VII do art. 7º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo de lei básica, se ameaçada em seus mandamentos.¹²³

A Emenda Constitucional 16/65 trouxe, ainda, a possibilidade de os Tribunais de Justiça dos Estados-membros instituírem processo de fiscalização direta de lei ou ato de Município em confronto com a Constituição do Estado (art. 19, que acrescentou o inciso XII ao art. 124 da Constituição de 1946).¹²⁴

A Constituição de 1967 manteve a base do sistema, promovendo algumas pequenas alterações, dentre elas, cabe ressaltar a ausência da autorização para representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual.

Quanto à emenda n. 1 de 1969, o sistema não restou alterado, exceto no que tange à introdução da possibilidade de os Estados-membros instituírem a representação interventiva para fins de fiscalizar a constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual (art. 15, § 3º, d, da Constituição).

¹²³ Brasil. *Constituição* (1946): Emendas. Emendas à Constituição de 1946, n. 16: Reforma do Poder Judiciário, Brasília, Câmara dos Deputados, 1968, p. 24.

¹²⁴ Art. 19 – Ao art. 124 são acrescentados os seguintes inciso e parágrafos: “**XII – a lei poderá estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.** § 1º - A União prestará a cooperação financeira que for necessária a assegurar aos Juizes dos Estados remuneração, correspondente à relevância de suas funções. § 2º - A cooperação será solicitada, justificadamente, pelo Governo do Estado, através de qualquer dos seus Poderes, e não será deferida se os Juizes da entrância mais graduada estiverem percebendo vencimentos iguais ou superiores aos do Juiz Federal que nele tiver exercício. § 3º - a vantagem decorrente do subsídio federal não se incorporará aos vencimentos dos magistrados para o efeito do art. 95, III, nem excederá um quarto dos vencimentos que os magistrados estiverem percebendo na ocasião.”

A Constituição de 1988 ampliou a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, dando também legitimidade, para além do Procurador-Geral da República, ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103).¹²⁵

Manteve-se o núcleo do modelo de fiscalização de constitucionalidade presente na Constituição de 1967/69, com algumas alterações que levaram a um aperfeiçoamento daquele sistema. São exemplos dessas modificações: a) a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e do mandado de injunção (art. 102, I, q); b) a previsão da argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único); c) a atribuição de caráter exclusivamente constitucional ao recurso extraordinário (art. 102, III). Introduziu-se, ademais, uma nova fórmula de controle com a Emenda n. 3, de 18 de março de 1993, qual seja, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é mecanismo necessário à própria sobrevivência da Constituição e do Estado Democrático.

Vige em nosso ordenamento constitucional o dito sistema misto de controle, tendo-se como realidade a existência do controle abstrato e concentrado, e, igualmente, do concreto e difuso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e do controle concreto e difuso e com efeitos entre as partes em litígio pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

¹²⁵ A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, introduziu como legitimados, ainda, o Governador e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (nova redação dos incisos IV e V do art. 103).

Esse controle de constitucionalidade é uma garantia do próprio Estado de Direito e da própria Constituição, como bem dispõe Gomes Canotilho¹²⁶:

o Estado de Direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito. As idéias do “governo de leis e não de homens”, de “Estado submetido ao direito”, de “constituição como vinculação jurídica do poder” foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*.

Sempre fundado o presente estudo no entendimento de que a coexistência de dois modelos de controle de constitucionalidade reforçam o Estado brasileiro em sua forma federativa e em sua estrutura democrática, vê-se que o instrumento colocado aos titulares das ações ditas de controle concentrado, aliado ao direito de todo e qualquer cidadão provocar o Judiciário desde o primeiro grau até os Tribunais superiores para ver descartada lei ou ato normativo que entenda desconforme com o texto constitucional, é, sem dúvida, regra do jogo democrático que permite não só às maiorias representativas dos poderes da República, mas também aos indivíduos como sujeitos de direitos o poder-direito de, via manifestação judicial, controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos que contrariem direito seu ou o ameacem por textos que contrariem o texto constitucional.

O modelo brasileiro adotado pela Constituição de 1988 serve, pois, para estimular e quebrar a denominada crise de baixa constitucionalidade que vem sendo objeto de críticas por parte de grandes constitucionalistas:

No Brasil a “baixa constitucionalidade” que atravessa os séculos é fator preponderante para a inefetividade da Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A falta de uma pré-compreensão acerca da revolução copernicana por que passou o constitucionalismo contemporâneo engendrou uma tradição inautêntica acerca do valor representado pela Constituição. O acontecer (*Ereingnen*) da Constituição não foi tornado visível,

¹²⁶ Afirma Gomes Canotilho que “a defesa da constituição pressupõe a existência de **garantias da constituição**, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. Como se trata de *garantias de existência* da própria constituição (cfr. a fórmula alemã: *Verfassungsbestandsgarantien*), costuma dizer-se que elas são a ‘constituição da própria constituição’. *Op. cit.*, p. 823-824.

porque, no prévio desvelamento - que é condição de possibilidade deste tornar visível – impregnado pelo sentido comum teórico, não foram criadas as condições propiciadoras da abertura (clareira) necessária e suficiente para manifestação do ser do ente “Constituição” (e de seus desdobramentos jurídico-políticos, como a igualdade, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos fundamentais, etc.).¹²⁷

Nesse contexto é que se revela a grande importância da interpretação das normas constitucionais, as quais tomam sentidos diferentes conforme a realidade e o momento em que são aplicadas. Assim, nas palavras de Eros Grau,

a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz. E assim é porque as normas resultam da interpretação e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. Por isso MICHEL TROPER sustenta -- e nisso estamos de acordo --- que a norma constitucional é criada pela autoridade que a aplica, no momento em que a aplica mediante a prática da interpretação. As palavras escritas no texto normativo nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando --- através e mediante a interpretação --- são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada --- elas, como observam ALÍCIA RUIZ e CARLOS CÁRCOVA, elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.¹²⁸

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 835-6.

¹²⁸ Trata-se de excerto do voto do Ministro Eros Grau no RE n. 357.950/RS, em que se julgou inconstitucional, por maioria de votos, a nova base de cálculo para a incidência de PIS e Cofins estabelecida pela Lei 9.718/98. Embora o Ministro Eros Grau tenha restado vencido, trouxe em suas razões de decidir grande lição de Hermenêutica constitucional, ressaltando a importância desta, como se vê, ainda, nos seguintes trechos do mesmo voto: *“Uma segunda conclusão é construída a partir da verificação de que a regulação jurídica é sempre provisória e está sujeita a ser atropelada pela violência dos fatos. Não me refiro, neste ponto à violência de todos os delitos. Nem à circunstância de o direito afirmar-se precisamente quando violado, quando suas regras e princípios sejam desacatados – o Poder Judiciário se ocupa exclusivamente das leis que tenham sido violadas. Desejo fazer alusão à circunstância de a realidade não parar quieta, ela sim derrubando bibliotecas e preceitos que já não sejam com ela coerentes. Por isso mesmo afirmo que o direito é um organismo vivo que não envelhece, nem permanece jovem, na medida em que, em virtude da sua interpretação/aplicação, é [= deve ser] contemporâneo à realidade. Tenho reiteradamente insistido em que a interpretação do direito é compreensão não apenas dos textos, mas também – repito-me – da realidade. Alterada a realidade social, a norma que se extrai de um mesmo texto será diversa daquela que dele seria extraída anteriormente à mudança da realidade. Daí a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente. No primeiro caso o texto porta em si, desde o seu momento inicial, a marca da inconstitucionalidade. No segundo, nasce são, mas no correr do tempo, outra sendo a realidade, torna-se supervenientemente inconstitucional. Alguns, entre nós, afirmam, ao eventualmente alterar posição diante de um determinado texto normativo, que ‘evoluíram’.*

4. 1 Controle concentrado

A fiscalização abstrata, espécie interventiva de controle de constitucionalidade, foi adotada como instrumento verdadeiro com a Emenda Constitucional 16/65, que incluiu, dentre as atribuições do Supremo Tribunal Federal, julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (art. 101, I, “k”), conforme anotado no item anterior.

Concentra-se, pois, o poder de controle de constitucionalidade em órgão único do Judiciário Nacional, o Supremo Tribunal Federal, único detentor desta jurisdição constitucional capaz de lançar efeitos retirando de vigência e validade o texto declarado inconstitucional.

Todo Estado de Direito que repousa na constitucionalidade da ordem jurídica necessita, para que os poderes constituídos sejam exercidos, de controles de seus atos. Há necessidade, para a manutenção da democracia, do efetivo sistema de freios, já conhecido por Montesquieu e vigente no mundo ocidental, onde a repartição de Poderes de um Estado é realidade em inúmeros países. Partindo da realidade brasileira, dispõe a nossa Constituição Federal de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, incisos I, II, III, IV e V).

Mudanças nas pessoas certamente ocorrem, mas o que se dá de modo mais freqüente é a mudança na própria realidade, determinando a convolação do que era constitucional em inconstitucional; e mesmo o contrário --- convolação do que era inconstitucional em constitucional – poderá, em tese, vir a ocorrer. (...) O fato é que o advento de uma Constituição ou de uma emenda constitucional nova não paralisa o movimento da ordem jurídica infraconstitucional, pois o direito, instância da realidade social, é movimento, e não linguagem congelada. A exposição do saudoso ATALIBA é cristalina: todos os enunciados normativos que guardem compatibilidade com o novo texto constitucional são por ele recebidos, nele se nutrindo de vigor. Aqui tudo se passa como se a porção da legislação infraconstitucional que mantenha adequação à nova Constituição ou à nova emenda fosse em um átimo [re]feita; é desnecessário o cumprimento de todos os passos do processo legislativo para que se dê a inovação, através dessa porção legislativa, da nova ordem jurídica. (...) A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade – repito: o direito, instância da realidade social, é movimento, e não linguagem congelada. Quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o que o concretiza. Por isso podemos dizer que em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1.988. Pois o que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada.”

Em toda a sistematicidade e organização constitucional, existem formas e mecanismos de proteção à própria constituição, e à própria vida do Estado Brasileiro, caracterizados por controles recíprocos dos Poderes e por não-interferência de um em outro no que diz com as atividades inerentes e precípua de cada Poder.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é mecanismo necessário à própria sobrevivência da Constituição e do Estado Democrático.

Vige em nosso ordenamento constitucional o dito sistema misto de controle, tendo-se como realidade a existência do controle abstrato e concentrado, e, igualmente, do concreto e difuso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e o controle concreto e difuso e com efeitos entre as partes em litígio pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Dentre o controle repressivo abstrato e concentrado jurisdicional, encontram-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Declaratória de Constitucionalidade. As três primeiras foram instituídas pelo legislador constituinte originário. Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade foi criada pela Emenda Constitucional nº 03/93 — que, nas palavras de Clèmerson Merlin Clève,¹²⁹ veio para suprir uma lacuna, ou, melhor dito, para permitir aos legitimados constitucionalmente (o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República) sustar a multiplicidade das demandas em torno de determinado texto a fim de evitar a insegurança em relação à validade da lei ou do ato normativo.

É uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de “sinal trocado”, na feliz expressão de Gilmar Ferreira Mendes.¹³⁰

¹²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 184-185.

Tal controle é eminentemente jurisdicional, na medida em que apenas o relacionarmos com o órgão de decisão, mas tem também a carga política, não só decorrente da própria natureza do ato judicial, como, também, em razão dos legitimados para tanto – Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República, conforme disposto no art. 103, § 4º da Constituição Federal.

Trata-se, pois, de controle constitucional repressivo concentrado e abstrato, mas com características próprias e determinados requisitos para sua interposição que a tornam distinta da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Por primeiro, já quanto aos legitimados ativos, quer, na ADIN, quanto na ADC, a partir da alteração realizada pela EC nº 45/2004, podem ser: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Por segundo, conforme se vê da passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADC nº 1:

a ação declaratória tira a sua legitimidade, não só constitucional, não só estritamente jurídica, mas também política, como tentativa de solução deste problema das demandas múltiplas; e só na extensão em que existir esta situação objetiva de insegurança em torno da validade de uma lei, é que creio deva ser conhecida a ação.

A própria constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/93 teve seu controle efetivado por meio da Questão de Ordem na ADC nº1/1, sendo sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, reconhecida como instrumento constitucional para efetuar o controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos.

¹³⁰MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

Em conclusão, pois, reconhecida a constitucionalidade da própria Ação Declaratória de Constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, é ela instrumento de controle repressivo, concentrado e abstrato, apto a efetivar a declaração de constitucionalidade do texto argüido.

É ação de matriz constitucional, cujo rito não estava previsto constitucionalmente, como bem mencionava o voto do eminente Ministro Moreira Alves, na prejudicial de inconstitucionalidade levantada na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF. A partir de 11-11-99, a Lei nº 9868 veio normatizar e regulamentar o processamento e os efeitos desta ação.

No dizer de Canotilho,¹³¹

o Estado de Direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito. As idéias do “governo de leis e não de homens”, de “Estado submetido ao direito”, de “constituição como vinculação jurídica do poder” foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*.

Seguindo, declara o jurista luso que

o Estado Constitucional Democrático é ‘mais’ do que o Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de ‘charneira’ entre o Estado de

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 94.

Direito' e o 'Estado democrático', possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de Direito Democrático*.¹³²

A partir desta constatação e tendo o Estado Brasileiro assumido a qualidade de Estado Democrático de Direito, no teor do art. 1º da Constituição Federal, há que se ter presente a necessidade de que os textos constitucionais sejam garantidos e sejam garantes da democracia.

Por isso, há necessidade de que se examine, antes de qualquer avanço quanto aos efeitos do mecanismo para dizer se textos infraconstitucionais estão conforme o texto maior, os próprios efeitos da norma constitucional.

Seu poder emana do povo e é na soberania popular ou no pacto social que reside a força da Constituição (*parágrafo único* do art. 1º da Constituição Federal).

Muitos são os enfoques pelos quais os efeitos, o poder, a função da norma constitucional pode ser examinada.

Esta supremacia da norma constitucional justifica-se na manutenção da estabilidade social e na própria vida do Estado de Direito, tendo surgido do fenômeno da posituação do direito, no século XIX, e sua eficácia está diretamente ligada à capacidade de adequá-la, de fazer sua leitura a partir, também, da realidade social para que possam ser atingidos os efeitos por ela determinados.

A partir, pois, da consciência de que, para a vida e sobrevivência do Estado Democrático de Direito, mister que tenham as normas e os princípios constitucionais eficácia plena e imediata, preciso que se delimite a forma e o conteúdo do que pode ser reformado sem que se altere o núcleo do comando constitucional, com o que o próprio Estado de Direito ficará comprometido, já que o poder reformador não é aquele poder constituinte originário para o qual a soberana vontade popular deferiu-lhe função para positivar os necessários textos de garantias de direitos individuais, de organização dos poderes políticos e de limitação destes poderes.

¹³² CANOTILHO, op. cit., p. 95.

Assim, tem-se que, para a sua defesa e para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, imperioso que fossem criados os mecanismos para o seu controle, dentre estes a ADC, cuja natureza e constitucionalidade já foram supramencionadas; mister, agora, que se estabeleçam os limites do uso de tal ação constitucional, bem como a possibilidade do deferimento de liminar. O deferimento de liminar é, antes de mais nada, a manifestação do poder judiciário sobre matéria que lhe é posta quando presente o duplo requisito.

No caso da ADC, o *periculum in mora* está, umbilicalmente, ligado à insegurança da ordem jurídica pela quantidade de outras decisões sumárias capazes de sustar o comando legal, objeto de controle.

Por força do art. 102, I, *p*, cabível a liminar em ADIn e, como se vê da decisão na ADC nº 4, também pode ser deferida liminar nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Essa possibilidade é necessária, portanto, para que se torne útil a interposição da ADC; é providência que evita a ineficácia do próprio provimento definitivo.

Este provimento liminar é a garantia da efetividade da decisão final. Não é um “provimento provisório”, mas seu objetivo é de “impor comportamentos”, não há a declaração provisória de constitucionalidade, e, sim, a determinação de que os destinatários se amoldem ao ali determinado.

Em que pese, pois, a ausência de determinação constitucional sobre a viabilidade de liminar em ADC, possível, como se viu, o seu deferimento. Impossível que se pense em contrário porque, então, se estaria suprimindo do poder do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de, em exame sumário, prevenir a gravidade dos problemas que resultariam pela ineficácia ou inutilidade do provimento definitivo.

Ademais, incoerente, em termos teóricos, o não-cabimento deste provimento

liminar, a partir da constatação de que tal ação é constitucional e que, ao lado da ADIN e da Declaratória por Omissão, busca, também, garantir a própria manutenção do Estado de Direito e a harmonia da ordem jurídica positiva.

Quanto aos efeitos e à extensão do provimento, pode o mesmo ser deferido parcialmente, no que diz com os textos questionados e sua eficácia, além de, por se tratar de controle abstrato e concentrado, dirigir-se a todos os que estão sob o manto da ordem jurídica brasileira – efeitos *erga omnes* – e a partir do momento de sua prolação – efeitos *ex nunc*.

Pela normatividade do sistema de provimentos liminares ou antecipação de pretensão, como disposto no artigo 273 do CPC, tais efeitos têm seu termo *a quo* na data do deferimento da decisão, ou, se assim o entender o julgador, para que se evite maior prejuízo ou maior instabilidade, pode deferir-lhe o efeito *ex tunc* – é o que ocorre na ADIn.

As liminares proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade têm eficácia *ex nunc* e, excepcionalmente, *ex tunc*.

Teoricamente, pois, dependendo do caso posto ao crivo do controle de constitucionalidade via ADC, poderá e deverá o STF antecipar os efeitos do provimento liminar desde a vigência da lei ou do ato posto *sub judice*.

E, mais, tem eficácia *erga omnes* e, via de regra, *ex nunc*. Dependendo do caso, entretanto, se efetivamente assim determinado, tem efeitos *ex tunc*. A eficácia *ex tunc* é de ser sempre declarada, nunca presumida.

Nos expressos termos do parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal, as decisões de mérito nas ADIns e ADCs têm eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Trata-se, pois, de decisão de mérito, com qualidade de coisa julgada, a decisão final da ADC. Seu efeito *erga omnes* é consequência do tipo de controle

constitucional que representa esta ação. Já que é controle abstrato e concentrado exercido pelo órgão jurisdicional que detém o monopólio de determinar a conduta para todos sob o império da lei examinada na ação declaratória interposta.

No entanto, além desse efeito, há o efeito vinculante, que é um *plus* à eficácia da decisão. Isto ocorreu com a Emenda Constitucional n. 3/93, que agregou à decisão definitiva de mérito o efeito vinculante. Tudo no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Aliás, verifica-se uma tendência mundial de atribuição de precedente vinculativo às decisões dos Tribunais Superiores. No caso brasileiro, em face da Emenda Constitucional n. 45/2004, a criação das súmulas vinculantes é exemplo desta qualidade da decisão do Supremo Tribunal Federal.¹³³

Como todo provimento judicial, pode ser de total ou parcial procedência ou de improcedência. Na hipótese de procedência, há a declaração de constitucionalidade — portanto existente, válida e eficaz a lei a partir de sua publicação, caso da ADC nº 1/1.

Havendo parcial procedência, diz Clèmerson Merlin Clève¹³⁴ que:

Pode ocorrer de o Supremo, observada a exigência da maioria absoluta, declarar a constitucionalidade de parte da normativa-objeto e a inconstitucionalidade da parcela residual. Mas pode ocorrer também, o mero provimento parcial da ação, sem a correspondente declaração da inconstitucionalidade da parcela residual. Para isso, no caso, basta que a maioria absoluta não seja alcançada para a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos não declarados constitucionais. A consequência única, neste particular, é a possibilidade da inaplicação dos dispositivos pelas demais instâncias do Judiciário, no domínio da fiscalização difuso-incidental. O que é suficiente, obviamente, para autorizar a manutenção da controvérsia judicial existente a respeito da problemática.

Finalmente, no caso de improcedência, em sendo a ADC uma ADIN *de sinal trocado*, como já mencionado, tal provimento, obedecido o *quorum* qualificado do Supremo Tribunal Federal (artigos 173 e 143, parágrafo único do RISTF), trará como

¹³³ CLÈVE, op. cit., p. 207.

¹³⁴ CLÈVE, op.cit., p. 206.

efeito *erga omnes* e vinculante a declaração de inconstitucionalidade da lei, ou seja, a partir de sua publicação, a lei perde a sua existência, validade e eficácia.¹³⁵

Finalizando, por força do art. 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, desnecessária a suspensão, pelo Senado, da execução da lei, cumprindo-se o procedimento da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade com a simples comunicação àquele órgão do Legislativo. Tudo porque não poderia um dos Poderes, o Judiciário, sofrer o controle de sua decisão pela omissão ou negligência de um órgão do Legislativo em não suspender a execução da lei ou ato normativo tido como inconstitucional.

É o que se vê do que diz Clèmerson Merlin Clève:¹³⁶

Em que pese a opinião contrária de alguns autores, encontra-se hoje pacificado o entendimento, inclusive consagrado em norma regimental, segundo o qual é desnecessária a comunicação ao Senado Federal, para fim de suspensão, no caso de declaração, pela Suprema Corte, de inconstitucionalidade em tese (via principal) de ato normativo federal ou estadual.

Cabe agora um enfrentamento sobre o papel do Senado no que diz com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Reza o art. 52, X, da Constituição Federal que a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF é competência privativa do Senado Federal.¹³⁷

Necessário trazer, aqui, o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação n. 2.256, em que se refere às palavras do Ministro Moreira Alves, emitidas por ocasião de consulta feita pelo Senado Federal:

¹³⁵ Há controvérsia sobre a posição supra mencionada, já que a improcedência de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade pelo próprio exame feito em seu julgamento não pode levar à conclusão da inconstitucionalidade do dispositivo examinado. Seria fazer tábula rasa dos próprios legitimados à propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Conclui-se que tal exercício teórico não se alia a boa técnica de controle de constitucionalidade porque se estaria a admitir um efeito extra a própria decisão de improcedência em Ação Declaratória de Constitucionalidade, ou seja, efetuar-se o controle de constitucionalidade por decisão negativa. Cf. CLÈVE, 1995, p. 206-7.

¹³⁶ CLÈVE, 1995, p. 157.

¹³⁷ Assim dispõe o referido dispositivo constitucional: *Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*

Submetida a questão à Mesa de Matéria Constitucional do Supremo Tribunal, sustentou Moreira Alves, em parecer datado de 11 de novembro de 1975, que: "10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, quando decorrente da ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos), em conclusão – repito – e circunscrevendo-me ao objeto da consulta, sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do art. 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no art. 46 da Emenda no 1/69) ou de decreto e, não de quaisquer outros atos normativos" (Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; Cf., também, Alencar, cit., p. 260 (303-304)). A maioria da Mesa de Matéria Constitucional optou, porém, por considerar que os demais atos normativos declarados inconstitucionais, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal deveriam ter, igualmente, a suspensão de sua execução declarada pelo Senado Federal. Em 18 de junho de 1977, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* (Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123)

Reconhecida, portanto, a desnecessidade de intervenção do Senado, quando a inconstitucionalidade fosse declarada em sede de controle concentrado. Concluindo-se que, no controle incidental, o efeito “*erga omnes*” só ocorreria quando da suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Senado Federal.

Nada mais emblemático do que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no caso do HC n. 82.959-7, nesta sede de controle difuso, em exame de habeas corpus, assentado por decisão majoritária a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. E, por unanimidade, “explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da

apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.”¹³⁸

Houve, pois, em face da posição adotada uma inovação nos próprios precedentes do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos dessa declaração incidental, como bem anotado na conclusão do voto do Min. Gilmar Mendes:

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressões de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do “*fiat justitia, pereat res publica*”. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico “*overruling*”, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas. Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do art. 27 da lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

E esta suspensão é competência discricionária ou política do Senado, como um verdadeiro “ato complementar de decisão judicial” e de natureza “quase legislativa”, não lhe cabendo rever a decisão proferida pelo STF, em sua substância.¹³⁹

Deste posicionamento surge questão relativa à ADC, havendo posição do STF, também no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação n. 2.256, no sentido de que:

Aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de

¹³⁸ Relator Min. Marco Aurélio. Decisão de 23/02/2006, DJ de 01/09/2006.

¹³⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 228.

inconstitucionalidade seria dotada de efeitos ou conseqüências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Argumenta-se que, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida - incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada - "produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo" (Art. 102, § 2º da Constituição Federal de 1988). Portanto, sempre se me afigurou correta a posição de vozes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a de Sepúlveda Pertence, segundo a qual, "quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade" (Reclamação nº 167, despacho, RDA 206, p. 246 (247)). Nos termos dessa orientação, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal haveria de ser dotada de efeito vinculante, tal como ocorre com aquela proferida na ação declaratória de constitucionalidade. Daí ter esta Corte reconhecido, no AgR/QO na Rcl no 1.880/SP, sessão de 7.11.2002, rel. Ministro Maurício Corrêa, a constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei no 9.868, de 1999, que atribui efeito vinculante às decisões de mérito proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o Senado Federal tem, ao se interpretar a posição feita na RCL n. 2.256, papel necessário apenas no controle difuso efetivado incidentalmente no exame de recursos no STF.

O papel do Senado, tal como previsto no art. 52, X, da Constituição tem sido objeto de polêmica entre os doutrinadores. Ainda que se tenha discutido a quem competia a comunicação formal da declaração incidental de inconstitucionalidade – matéria hoje regulada pelo art. 178 do Regimento Interno do STF- , o fato é que, independentemente da forma que ocorreu a comunicação, somente a partir desta que se abre a possibilidade de suspensão ou não da execução da lei. Neste ponto, tendo em vista que o artigo constitucional refere-se a “lei”, tem-se entendido que nesta locução estão incluídas todas as espécies normativas que possam vir a ser declaradas inconstitucionais pelo STF, vale dizer, sejam atos normativos federais, estaduais ou municipais.¹⁴⁰

¹⁴⁰ ZUGNO, Jorge Alberto. Efeitos da suspensão da execução de leis e atos normativos declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal através de resolução do Senado

Por sua vez, o STF, no MS 16.512 (RTJ 38/23, Min. Victor Nunes), entendeu que o Senado não está obrigado a proceder a suspensão do ato declarado inconstitucional: “o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão”, mesmo porque “não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”. No mesmo julgamento, também ficou assentado que ao Senado não cabe, contudo, nem modificar o sentido ou restringir os efeitos da declaração, nem revogar suspensão já efetuada, sequer “examinar o mérito da decisão” do STF.

No julgamento do RE 38.538/SP, em 1961, a maioria dos Ministros do STF entendeu ter o Senado competência discricionária, e não vinculada, para apreciação, não lhe cabendo o papel de mero executor da vontade do STF, que, inclusive, neste íterim, poderia modificar sua jurisprudência. Esta posição de sujeitar a suspensão “ao prudente critério” da Casa Legislativa não é aceita por toda a doutrina, embora majoritariamente tenha sido salientado que:¹⁴¹

A Constituição faz do Senado o senhor da generalidade e não um mero servo da corte constitucional. (...) não está obrigado a generalizar (...) Com isto, o Senado não está convalidando uma inconstitucionalidade, mas apenas entendendo que ela deva ser ainda mantida no âmbito particular dos casos concretos. O Senado não entra no mérito da inconstitucionalidade, para reapreciá-la. Não invade competência alheia. Não desdiz a inconstitucionalidade dita pela corte constitucional. Não a rejeita. Apenas, entende não ser oportuno e conveniente estendê-la erga omnes, por sobre todo o território nacional. (...) Esse poder discricionário não lhe pode ser negado.

Ressalte-se, contudo, que, ainda quando se entende que a competência para editar a resolução é discricionária, o entendimento da doutrina é de que para revogá-la a competência é vinculada, porque “se o Supremo reconsiderar a inconstitucionalidade e, mesmo assim, o Senado mantiver a resolução, aí estará o Senado Federal usurpando a competência do Poder Judiciário”.¹⁴²

Federal. **Faculdade de Direito da PUCRS**: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 145.

¹⁴¹ BARROS, Sérgio Resende de. Função do Senado no controle de constitucionalidade. **Ajuris**, (91), setembro de 2003. p. 263.

¹⁴² *Ibidem*, p. 265.

Em recente voto no julgamento da Reclamação nº 4335/DF, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, ao apreciar o pedido de liminar para suspender decisão de primeiro grau que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de dez condenados pela Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), entendeu que “a não-publicação pelo Senado de resolução que nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal suspenderia a execução da Lei declarada inconstitucional pelo Supremo não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica”, tendo em vista que o “Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais”.¹⁴³

Tal solução, no entender do Ministro, era a forma de superar “as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado e de outro, a visão doutrinária ortodoxa e, permitamos dizer, ultrapassada do disposto no artigo 52, X”. Tendo em vista o pedido de vista do Ministro Eros Grau, o processo encontra-se sobrestado e, portanto, não há como definir uma mudança de orientação jurisprudencial do Supremo, mas permite apontar uma divergência sensível em relação à doutrina até então majoritária relativamente ao papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade.

Há, ainda, que tecer considerações quanto aos efeitos no caso de liminares tanto em ADI como em ADC. Aí, como se demonstra a ocorrência de efeito vinculante em sede de controle concentrado, a regra é a mesma, desnecessária a intervenção do Senado Federal.

Resta, pois, a controvérsia quanto a necessidade de suspensão pelo Senado em sede de declaração incidental de inconstitucionalidade e, aí, importante desvelar o que seja “retirar a eficácia da lei” e “suspender a execução da lei”. É que se a decisão do Senado nulifica a lei, ou seja, tem efeitos *ex tunc*, então a declaração em controle difuso equipara-se ao controle concentrado.

¹⁴³ Notícia do dia 01-02-2007, “Interrompida análise de RCL contra decisões que vedavam a progressão de 94

Não é este o princípio da independência e autonomia do Poder Judiciário enquanto Poder, e sequer esta a dimensão do STF enquanto órgão garantidor da integridade da Constituição. Justamente por se tratar de controle concentrado e abstrato por órgão investido pela própria Carta – STF –, não se pode admitir possível que esta decisão final com força de coisa julgada esteja necessitada de ato posterior – art. 52, X, da Constituição Federal –, para que a força vinculante e efeitos contra todos sejam reconhecidos.

Constata-se que não se amolda à necessária existência do Poder Judiciário, como Poder de Estado, a submissão ao “controle” do Senado para que sua decisão tenha efeitos.

É que a declaração de inconstitucionalidade também, por improcedência da ADC, tem efeitos nos planos da existência, validade e eficácia da norma examinada.

Aliás, tal exigência do artigo 52, X, só se faria necessária quando a decisão final é de improcedência, por óbvio.

Em 11-11-1999, foi publicada a Lei nº 9.868, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Tal lei veio, finalmente, regulamentar o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, consagrando o que a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já mencionadas, vinham entendendo como necessário à interposição da ADC. É o que se vê do artigo 14 da citada lei.

De outro lado, por força do artigo 21, cabível também o deferimento de liminar.

Na falta de um controle preventivo, a previsão, em nossa Constituição, de um mecanismo capaz de controlar a constitucionalidade das leis só pode ser vista como uma hipótese de maior garantia da independência dos Poderes, mormente porque é o STF que continua com o monopólio do controle constitucional, mas só pode ser aceito a partir do entendimento esposado na Questão de Ordem (prejudicial) na ADC n. 1 – ADIn n. 913 –, ou seja, só legitima seu exercício quando, efetivamente, comprovada com a inicial do pedido a multiplicidade das demandas, a contrariedade entre as decisões, a insegurança que ocorre, a instabilidade que prejudica o normal desenvolver da ordem política, econômica e social do país.

A decisão final tem efeitos *erga omnes* e vinculantes e também os provimentos liminares, se entendidos como antecipação do provimento final, que se erige como a única forma de admiti-los, também este provimento terá efeitos vinculantes, porque de nada adiantaria o seu deferimento se este *plus* não ocorresse, em face, justamente, da necessidade de ser assegurada a eficácia do provimento definitivo.

Há, pois, que ser usada e aplicada *cum grano salis*, em face do processo de mutação da realidade político-social, a fim de não se tornar um instrumento eminentemente de manipulação política, aprisionando o Poder Judiciário, apagando a independência e a autonomia dos Poderes da República, suprimindo a possibilidade de progresso social, de distribuição equitativa dos bens e derogando direitos e garantias fundamentais, enfim, abalando as estruturas democráticas.

Afirma o Ministro Paulo Brossard de Souza Pinto, em voto proferido na prejudicial de constitucionalidade na ADC n. 1-1/DF:

Quanto ao efeito, Senhor Presidente, efeito vinculante, creio que é uma medida de utilidade, que o legislador entendeu oportuno adotar. É uma medida de utilidade porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte. Respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por esta ou por aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso.

Adércio Sampaio Leite destaca, ainda, a distinção entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante: o primeiro se impõe como uma “eficácia geral da coisa julgada, inclusive para o Supremo Tribunal Federal, bloqueando a renovação processual da matéria, adstrita à nulificação por inconstitucionalidade ou à afirmação de validade da norma”, e o segundo, visto, no caso de inconstitucionalidade, “como mandado de revogação e anulação, de desfazimento da situação de inconstitucionalidade, direcionado aos órgãos do Poder Judiciário, excluído o Supremo Tribunal Federal, e do Poder Executivo, alcançando os atos normativos, editados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo de igual conteúdo daquele que sofreu o controle.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ Idem, p. 232-233.

CAPÍTULO V – O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso é modelo ou forma de controle de constitucionalidade e tem sua origem no sistema americano, no célebre caso *Marbury vs. Madison*. Dá-se, no caso concreto, *sub judice*, e é atividade obrigatória a todo magistrado, que não pode aplicar lei inconstitucional.

A declaração de inconstitucionalidade é monopólio do STF (controle concentrado e controle difuso) e dos Tribunais de Apelação e STJ (controle difuso), enquanto na jurisdição de primeira instância, o magistrado, ao julgar o caso concreto, demonstrando a sua interpretação do texto legal e se assim entender, afastá-lo por desconformidade com a Constituição Federal, não declara a inconstitucionalidade, apenas afasta o texto do caso concreto. Não há, pois, espaço em nossa ordem constitucional para se falar em declaração de inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau de jurisdição.

É que, aqui, não há declaração de inconstitucionalidade com a conotação e os efeitos daquele controle pelos Tribunais, e sim apenas decisão, no caso concreto, sem aplicação do texto legal, ou seja, julga-se sem aplicar o texto, porque em descompasso com a Constituição.

Daí, incorrente qualquer efeito ao próprio texto inaplicado, que continua íntegro, existente, válido e eficaz no sistema jurídico.

Diz-se, pois, que este controle não é aquele controle difuso, atribuído aos Tribunais, porque aqui há apenas a atividade jurisdicional de julgamento do caso concreto.

Assim, embora a atividade jurisdicional de primeiro grau determine ao julgador a inafastabilidade da prestação jurisdicional, não tem este julgador o poder decorrente da chamada 'jurisdição constitucional', porque não há uma declaração de inconstitucionalidade e sim apenas uma interpretação filtrada pelo que entende ser contrário ao texto constitucional.

Portanto, o controle difuso é atividade jurisdicional constitucional monopólio dos Tribunais, porque, nesta fase do processo, há a necessidade de arguição do incidente – condição de possibilidade – do julgamento do caso concreto.

Tudo isto demonstra que, em termos comuns, a qualquer membro do Judiciário cabe a atividade controladora das antinomias e das lacunas dos textos legais, mas a “declaração” de que fala a Constituição, dá-se, por força do art. 97 da Constituição, aos Tribunais. Ao Supremo Tribunal Federal cabe também, em controle concentrado, como Corte Constitucional brasileira.

Todas estas considerações são efetuadas a partir do entendimento de que a essência da declaração de inconstitucionalidade deflui dos comandos constitucionais que exigem, no caso do controle difuso, a Reserva de Plenário, com o que impossível se torna o julgamento do caso posto, já que é condição de eficácia do julgamento do caso concreto.

Há, ainda, por apego à postura hermenêutica ora adotada, que se falar sobre o controle de constitucionalidade efetivamente efetuado pelos julgadores do 1º grau quando do exame das lides postas. Ora, se o juiz de 1º grau não declara a inconstitucionalidade de determinado texto, ele efetua, sim, um controle de constitucionalidade substancial e concreto quando decide por inaplicar determinado texto por contrário ao texto constitucional. É isto o importante do entendimento ora seguido. É que ao juiz cabe o dever da parcialidade positiva, ou seja, a parcialidade como princípio que o une ao que retira dos textos constitucionais. O julgador contemporâneo é aquele que filtra seu convencimento pelos princípios constitucionais, pelo que interpreta do texto que examina. E esta interpretação-aplicação passa por um controle de constitucionalidade que não gera efeitos

vinculantes e que não se enquadra no conceito aqui também trabalhado de controle de constitucionalidade. Mas, sem sombra de dúvida, é controle de constitucionalidade do texto a ser aplicado ou inaplicado.

5.1 Legitimados a suscitar a questão constitucional

Qualquer parte no processo está legitimada para opor o incidente de inconstitucionalidade, bem como o órgão ministerial e ainda o relator ou qualquer dos membros do órgão fracionário em que for levado o recurso a julgamento.

Tratando-se de controle difuso, colocado à disposição de qualquer cidadão como instrumento para opor-se a atos e textos de lei inconstitucionais, estão todos os autores do processo judicial legitimados para a sua interposição.

Note-se que quem suscita o incidente perante o Plenário ou Órgão Especial é a Turma ou Câmara, que, por provocação de algum dos legitimados (partes, componentes do órgão colegiado, Ministério Público) e ouvido o Ministério Público, decide se dá prosseguimento à argüição, conforme seja necessário ou não enfrentar questão que imponha declaração de inconstitucionalidade, sobre a qual já não se tenha pronunciado o Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se, a título de exemplo, algumas ementas de acórdãos do Tribunal Regional da 4ª Região com vários legitimados¹⁴⁵ para suscitar a argüição, em que se decidiu argüir a inconstitucionalidade de lei para submeter o incidente à Corte Especial:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº
2002.72.05.002803-3/SC
RELATOR : DES. FEDERAL DIRCEU DE ALMEIDA SOARES
APELANTE : POSTO ISLEB LTDA/
ADVOGADO : Gustavo Nascimento Fiuza Vecchietti e outros
APELANTE: UNIAO FEDERAL

¹⁴⁵ De fato, sempre haverá mais de um legitimado para argüir a inconstitucionalidade de forma incidental nos processos que tramitam perante os tribunais, pois se a parte interessada não o fizer, tanto o Ministério Público, oficiando perante o Tribunal como os próprios julgadores, dando-se conta da necessidade de se analisar norma de duvidosa constitucionalidade, poderão fazê-lo.

ADVOGADO: Luís Henrique Martins dos Anjos

APELADO: (os mesmos)

COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA ELETRICA - CBEE

ADVOGADO: Eduardo Augusto de Oliveira Ramires e outros

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA -ANEEL

ADVOGADO: Irisnei Leite de Andrade

APELADO: CENTRAIS ELETRICAS DE SANTA CATARINA S/A - CELESC

ADVOGADO: Dimas Espindola Soares e outros

APELADO: MERCADO ATACADISTA DE ENERGIA ELETRICA - MAE

ADVOGADO: Mauro Vinicius Sbrissa Tortorelli e outros

EMENTA

TRIBUTÁRIO. LEI N.º 10.438/2002. CRIAÇÃO DE TRÊS ENCARGOS FINANCEIROS SOBRE A TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. “SEGURO-APAGÃO”. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O rateio, entre os consumidores finais de energia elétrica atendidos pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, dos custos de contratação de capacidade de geração e de aquisição de energia elétrica pela Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica (CBEE), denominados, na Resolução n.º 249/02 da ANEEL, respectivamente, de Encargo de Capacidade Emergencial (“seguro-apagão”) e de Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial, caracteriza-se como contribuição de intervenção no domínio econômico, cuja instituição violou o princípio da legalidade, pelo que são inconstitucionais as exigências do caput e §§ 1.º e 2.º do art. 1.º da Lei n.º 10.438/2002. 2. Já o repasse, aos consumidores antes mencionados, de parcela das despesas com a compra de energia elétrica no Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) realizada pelas concessionárias, prevista no art. 2.º da referida lei e denominado de Encargo de Energia Livre Adquirida no MAE na mesma resolução supracitada, representa restabelecimento do equilíbrio econômico dos contratos de prestação dos serviços de energia elétrica, adequando a responsabilidade das concessionárias ao preço da energia pelo qual são remuneradas; tem, portanto, natureza de preço público, nada obstando-lhe a cobrança. 3. Portanto, em observância ao disposto no inciso I do artigo 150 da Constituição Federal, e o que determina o artigo 150 do Regimento Interno desta Corte, propõe-se a presente Argüição de Inconstitucionalidade perante a Corte Especial deste Tribunal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, argüir a inconstitucionalidade do *caput* e §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n.º 10.438/2002, por afronta ao art. 150, inciso I, da Constituição Federal, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Nesse caso,¹⁴⁶ as próprias razões de apelação da impetrante traziam como fundamento a não observância dos requisitos constitucionais, restando aos integrantes da Turma decidir se era caso de se argüir a inconstitucionalidade dos dispositivos de lei questionados perante a Corte Especial.

Veja-se, também, a decisão nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 2002.04.01.003025-3,¹⁴⁷ em que somente após a provocação da parte por meio dos embargos, a Turma decidiu argüir a inconstitucionalidade perante a Corte Especial:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AI Nº 2002.04.01.003025-3/SC
RELATOR : DES. FEDERAL CARLOS EDUARDO THOMPSON
FLORES LENZ
EMBARGANTE : ANA CRISTINA CHRISTAKIS HEIL e outros
ADVOGADO : Ricardo Santana e outro
Alexandre Santana
EMBARGADO : Acórdão de fl. 87
INTERESSADO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : Oscar Acco e outros
INTERESSADO : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : José Diogo Cyrillo da Silva
EMENTA
CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO. ART. 535, II, DO CPC. MEDIDA PROVISÓRIA Nº
2.164-41/2001. INCONSTITUCIONALIDADE.
1. Suscitada em algum processo a questão da inconstitucionalidade
de determinada lei ou ato normativo, é dever do Judiciário proceder
ao seu exame. (...) Dispõe o art. 29-C da Lei nº 8.036/90, com a
redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001,
verbis: “Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas,
bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes
ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários
advocatícios”. Com efeito, é cristalina a inconstitucionalidade da
Medida Provisória nº 2.164/2001, eis que a matéria nela versada – o
descabimento de condenação em honorários advocatícios nas ações
entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas – não configura a
hipótese prevista no art. 62 da CF/88, ou seja, caso de relevância e
urgência a legitimar a sua edição. A apreciação dos pressupostos de
edição de Medidas Provisórias pode ser feito pelo Judiciário,
consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em situações
excepcionais, quando é manifesto – como no caso dos autos – o não
atendimento do mandamento constitucional (ADIN nº 1.753-DF, rel.
Min. Sepúlveda Pertence, in RTJ 172/32; voto do Min. Celso de
Mello, in RTJ 176/149-154). No caso em exame, é manifesta a

¹⁴⁶ De relatoria do Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, publicado no DJU de 07/01/2004.

¹⁴⁷ De relatoria do Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, publicado no DJU de 28/08/2002.

contrariedade da Medida Provisória nº 2.164-41/2001, à letra e ao espírito da Constituição, em seu art. 62, pois a matéria nela tratada não se reveste da urgência e relevância exigidos pela Lei Maior para a edição de uma Medida Provisória. (...) 2. Embargos de declaração conhecidos e providos, suscitando-se o Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, para suscitar o Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

5.2 Momento para suscitar o incidente

Tratando-se de incidente, como disposto no CPC, o meio de exercício do controle difuso é a interposição de tal instituto processual quando, em face de recurso ou de ação da competência originária do tribunal, o relator depara-se com questão de constitucionalidade; portanto, o processo já tramita em tribunal de apelação ou junto ao Superior Tribunal de Justiça (e demais tribunais superiores). Desta forma, no caso de recursos ao segundo grau (agravo, apelação) e de ações originárias aos tribunais de apelação (mandados de segurança, ações rescisórias), assim como de recursos (especial, ordinário) e ações originárias da competência do Superior Tribunal de Justiça, deve o relator suscitar o incidente nos termos do art. 480 e seguintes do CPC.

O momento, portanto, é aquele durante o processamento do recurso ou do processo da competência originária do tribunal. Assim, a título de exemplo, algumas argüições de inconstitucionalidades suscitadas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e suas respectivas ementas:

Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação no Mandado de Segurança n. 1999.70.05.003502-0, publicado no DJU de 23/01/2002, em que foram Relator o Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon e Relator para o acórdão Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa:

ASSISTÊNCIA SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DIREITO À IMUNIDADE OU ISENÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE PELAS COOPERATIVAS. COFINS: FATO GERADOR EXISTENTE NAS ATIVIDADES DAS COOPERATIVAS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2113-27/2001 APENAS REDUZIU O FAVOR LEGAL DADO ÀS COOPERATIVAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91, REVOGANDO A ISENÇÃO MAS LIMITANDO O ÂMBITO DA BASE DE CÁLCULO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL PÁTRIO. OPÇÃO POLÍTICA CUJO CONTROLE FOGE AO PODER JUDICIÁRIO. REJEITADA A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 56, INC. II, ALÍNEA “A”, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.113-27/2001.

1. As sociedades cooperativas têm uma grande importância, o que a evolução histórica e a valorização dos diversos países demonstra, uma vez que assegura a sobrevivência dos pequenos em face da grandeza das sociedades comerciais, mormente nesta era de profundas modificações motivadas pela globalização. 2. No Brasil, houve uma sucessão de privilégios fiscais em relação a tais entidades. 3. Quando se tratou de elaborar uma nova constituição, foi proposta regra que beneficiava amplamente as cooperativas. 4. Somente a atual Constituição tratou expressamente das cooperativas. 5. A pretensão foi satisfeita em extensão bem menor do que a apresentada. Todavia, a norma era de eficácia reduzida. 6. O termo “adequado tratamento tributário” refere-se à correta adequação dos fatos decorrentes das atividades cooperativas aos preceitos que criam os tributos. 7. Enquanto não for editada a lei complementar prevista no art 146, III, c, da CF de 1988, as sociedades cooperativas permanecem na situação de qualquer sociedade quanto à imposição de tributos. 8. O que não se pode fazer é tributar em hipóteses em que impossível a incidência, o que é o caso do lucro, que inexiste no ato cooperativo segundo a própria lei de regência estabelece. Hipóteses de não-incidência. 9. Da análise do precedente nº 89.04.04242-9/RS é possível estabelecer as distinções entre os atos cooperativos internos e externos. 10. A modificação do financiamento da seguridade social operada pela Constituição de 1988 determinou que toda a sociedade deve financiar a Seguridade Social, estando isentas apenas as entidades de assistência social. 11. As cooperativas têm o dever de se submeter à tributação. 12. Se, por decisão política, forem beneficiadas com preceito legal de isenção, o mesmo poder terá o direito de revogar tal norma. 13. Nem o art. 146, III, “c”, nem a norma programática do art. 174, § 2º, da CF de 1988 impedem o legislador ordinário de emitir tal juízo político através da regra cabível. 14. A singularidade da situação fiscal das cooperativas se resume no seguinte: não tipificam a regra de alguns tributos, porque o ato cooperativo não caracteriza lucro, e haverão de ter um “adequado tratamento tributário”, quando sobrevier a lei complementar programada no texto constitucional. Nada mais do que isso. 15. No estágio atual do sistema normativo brasileiro, especialmente em matéria de contribuições para a seguridade, constitui um erro imaginar-se que uma lei que revoga ou diminui o âmbito de isenção tributária ofende algum texto da Carta de 1988. 16. A Medida Provisória nº 2.113-27/2001 apenas reduziu o favor legal dado às cooperativas pela lei complementar nº 70/91. 17. Não há, portanto, eiva de inconstitucionalidade na Medida Provisória nº 2.113-27/2001.

18. Rejeitada a arguição de inconstitucionalidade do art. 56, inc. II, alínea “a”, da Medida Provisória nº 2.113-27/2001.

Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação na Ação Cível n. 1998.04.01.020236-8, publicado no DJU de 23/01/2002, em que foi Relatora a Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria:

CONSTITUCIONAL. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE MAIS BENIGNA. 1. Conflito existente entre lei ordinária, que limita temporalmente a aplicação retroativa de penalidade mais benigna, e lei complementar, que estabelece aplicação a “ato não definitivamente julgado”. Divergência doutrinária quanto à existência ou não relativamente à hierarquia. 2. Sempre que uma lei ordinária discrepar de normas gerais de direito tributário, a incompatibilidade se resolve a favor do texto integrado em lei complementar ou com força de lei complementar, reconhecendo-se, no caso, vício de inconstitucionalidade, porque a lei ordinária invadiu competência reservada, constitucionalmente, à lei complementar. 3. A Constituição não fixou o conceito de “normas gerais de direito tributário”, enumerando, exemplificativamente, algumas delas no art. 146, sendo certo que nem todas as normas contidas no Código Tributário Nacional podem ser tidas como tais, ainda que inscritas no Livro II deste. Necessidade, portanto, de análise caso a caso do dispositivo. 4. São, contudo, “normas gerais” aquelas que, simultaneamente, estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que completarão a regência da matéria e que possam ser aplicadas uniformemente em todo o País, indiferentemente de regiões ou localidades. Interpretação da expressão constante em diversos artigos constitucionais e abrangendo vários campos do Direito (Administrativo, Tributário, Financeiro, Ambiental, Urbanístico, etc). 5. Hipótese em que o art. 106 do CTN fixa os princípios, as diretrizes, os critérios de aplicação de penalidade mais benigna, e, portanto, é “norma geral de direito tributário”, critério básico a ser aplicado uniformemente, garantia mínima do contribuinte, que não pode ser alterada por mera lei ordinária. Legislação ordinária que invadiu, desta forma, competência reservada à lei complementar- art. 146, III, “b”, CF- e, assim, somente passível de alteração por outra lei complementar. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencido o Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 35, “caput” da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, quanto à expressão “para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997”, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Arguição de Inconstitucionalidade no Agravo de Instrumento n. 2000.04.01.092228-3, publicado no DJU de 22/08/2001, em que foi Relator o Desembargador Federal Amir Sarti:

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – *CAPUT* DO ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91. É inconstitucional o *caput* do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 que prevê o prazo de 10 anos para que a Seguridade Social apure e constitua seus créditos, por invadir área reservada à lei complementar, vulnerando, dessa forma, o art. 146, III, *b*, da Constituição Federal.

Arguição de Inconstitucionalidade na Remessa ex officio n. 1998.04.01.080564-6, publicado no DJU de 04/10/2000, em que foram Relator o Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro e Relator para o acórdão o Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 12, INCISO I, "H", DA LEI Nº 8.212/91 EM FACE DO ARTIGO 195, II, DA CF. REJEIÇÃO. 1. A alínea "h" do inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/91, introduzido pela Lei nº 9.506/97, não é incompatível com o artigo 195, inciso II, da Constituição Federal, porque o exercente de mandato eletivo federal, estadual e municipal também pode ser considerado um trabalhador. 2. Argüição de Inconstitucionalidade rejeitada.¹⁴⁸

Arguição de Inconstitucionalidade na Ação Rescisória n. 2000.04.01.099687-4, publicado no DJU de 12/03/2003, de relatoria da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REGIME DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. INATIVOS. EXPRESSÃO "E INATIVOS" CONTIDA NO *CAPUT* DO ART. 1º DA LEI 9.630/98. 1. No regime anterior à Emenda Constitucional nº 32/2001, as medidas provisórias não convertidas em lei, em virtude de revogação ou ausência de reedição, perdiam a eficácia desde a origem. 2. Com a não-reedição do texto que previa a cobrança de contribuição previdenciária de servidores inativos, restou sem base

¹⁴⁸ A questão de fundo, relativa ao mérito desta argüição, restou solucionada com a inclusão da alínea *j* ao inciso I do art. 12 da Lei. 8.212/91 pela Lei 10.887/94, que apresentou o mesmo conteúdo da questionada alínea *h*, mas agora sob a égide da Emenda Constitucional n. 20/98, a qual ampliou o inciso II do art. 195 da Constituição Federal. Embora a questão tenha restado prejudicada, o exemplo de argüição colacionado demonstra a sua possibilidade em sede de remessa oficial, ou recurso *ex officio* como queiram alguns, embora não se trate propriamente de recurso.

legal a exação e, portanto, a Lei nº 9.630/98 não poderia estabelecer uma “isenção” de valores não recolhidos anteriormente.

Arguição de Inconstitucionalidade na Ação Cível Originária n. 2003.04.01.037209-0, publicado no DJU de 22/04/2004, em que foi Relator o Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRF. ART. 84, §2º, DO CPP, NA REDAÇÃO DA LEI N.º 10.628/02. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal de 1988, ao prever a responsabilidade dos agentes públicos por ato de improbidade administrativa, concebeu nova esfera de responsabilidade independente das esferas civil, administrativa e penal, tradicionalmente contempladas no ordenamento jurídico pátrio, segundo dispõe o art. 37, § 4º, da Magna Carta: (...) Ocorre que o legislador ordinário, ao acrescentar o § 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, através da Lei nº 10.628/02, instituiu, a partir de um paralelismo com a ação penal, foro especial para o julgamento da ação de improbidade administrativa, nos exatos moldes em que as prerrogativas de foro são asseguradas aos agentes públicos na esfera criminal: (...) No entanto, essa criação de competência cível, além de ter sido veiculada, de forma esdrúxula, em legislação processual penal, deu-se em total afronta à Constituição Federal, que, em momento algum, instituiu foro por prerrogativa de função para o processamento e julgamento das ações de improbidade administrativa, mas, tão-somente, para as ações penais. (...) Desse modo, uma vez que a Constituição Federal fixa, de maneira taxativa, as regras de competência dos Tribunais por prerrogativa de função exclusivamente para o processo e julgamento de ações criminais, e uma vez que as Constituições Estaduais determinam a competência dos respectivos Tribunais de Justiça observando o princípio da simetria com os cargos e funções para os quais a Constituição Federal prevê foro especial, a Lei nº 10.628/02 não poderia ter fixado prerrogativa de foro em razão da função para as ações de improbidade administrativa. 2. Incidente de Inconstitucionalidade a que se julga procedente, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 84, §2º, do CPP, na redação da Lei n.º 10.628/02.

5.3 O artigo 97 da Constituição da República Federativa do Brasil

Para que seja efetivado o texto constitucional, no que diz com o controle de constitucionalidade, mister que o intérprete-aplicador, por meio de uma jurisdição como atribuição de poder, ao exercer tal poder, zele pela manutenção da higidez do próprio texto constitucional, utilizando-se dos mecanismos determinados pelo

sistema de controle de constitucionalidade, sob pena de flagrante desrespeito à Constituição.

Esta é questão que vem afligindo o constitucionalismo contemporâneo, pela qual grande parte da doutrina constitucionalista brasileira busca uma renovação de pensamento capaz de limitar e controlar os que exercem o poder estatal.

O princípio da Reserva de Plenário, inserido no artigo 97 da Constituição Federal, é *condição de eficácia* da decisão. Como bem observa Clèmerson Clève, “a inconstitucionalidade pronunciada pelo tribunal, sem a satisfação da exigência referida, implicará a aplicação da lei contestada como se fosse ela constitucional.”¹⁴⁹

Cabe aqui delimitar e desvelar o que dispõe tal texto. É que, sem dúvida, estamos frente a princípio constitucional, princípio com conteúdo normativo nos termos do constitucionalismo tão bem defendido por Jorge Miranda, Canotilho e Eros Grau.

O exame dos casos concretos, na seqüência examinada, demonstra que, a par de uma chamada economia processual ou agilização da prestação jurisdicional, se está a servir a uma postura privatística, em que o interesse público de manutenção da aplicação de leis constitucionais passa a um segundo plano, o que desfigura não só a interpretação do texto constitucional como também propicia aplicação de norma cuja constitucionalidade é contestada, em total desrespeito ao próprio sistema constitucional.

O direito inglês, fruto da atividade dos tribunais e diferente da experiência americana, apresenta, também, uma idéia de superioridade normativa de um Direito Fundamental e dentro de uma supremacia parlamentar.¹⁵⁰

¹⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 81.

¹⁵⁰ Como bem aponta Lenio Streck, “releva anotar que essa perspectiva de supremacia parlamentar tem origem, além dos debates ocorridos após as crises das primeiras décadas dos anos seiscentos, nas *teses contratualistas de Locke*. A partir da metáfora do contrato social, somente é possível sair do estado de natureza através de um

Trata-se, portanto, de princípio constitucional com carga normativa que impõe a sua obediência sob pena de quebra do sistema constitucional vigente e mais, sob pena de adotar-se uma posição eminentemente positivista incapaz de permitir um controle seguro e dirigido à manutenção de todo o Estado, com o que se estaria esfacelando uma estrutura construída na busca da manutenção do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, calha conferir que

O debate acerca da sobrevivência do positivismo ou da resistência deste em face ao Estado Constitucional, entendido na sua versão de Estado Democrático de Direito, deita raízes na discussão sobre as posições historicamente opostas ao Estado Constitucional: a) norma em vez de valor; b) subsunção em vez de ponderação; c) independência do direito ordinário em vez de onipresença da Constituição; d) autonomia do legislador democrático dentro do marco da Constituição em vez da onipotência judicial apoiada na Constituição.¹⁵¹

Tem-se daí que o texto do artigo 97 explicita a força normativa de um princípio tão bem delineado nesta nova postura hermenêutica aplicativa, onde o “neo-constitucionalismo” buscando superar os dogmas do positivismo, por postura esta que vê a Constituição como auto-aplicável, a relevância dos princípios com carga normativa e apresenta como forma e modo de interpretar, uma postura hermenêutica dita filosófica, onde a Constituição é compreendida como “nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova

pacto: não um pacto qualquer, senão somente aquele que tem, como finalidade, um acordo recíproco, para estabelecer uma única comunidade e formar um único corpo político, no qual estejam garantidos os direitos naturais do indivíduo. Por isso, o homem renuncia, via ‘contrato’, à liberdade e às igualdades naturais, cedendo ao governo político o próprio poder de defender a propriedade (vida, liberdade, bens), uma vez que fica instituído um poder político destinado a governar conforme leis fixas e preestabelecidas, um juiz imparcial sobre a terra. Uma vez estabelecida a sociedade política, mediante o consenso de todos os indivíduos, entra em vigor a regra da maioria, que tem o direito de deliberar e decidir por todo o corpo político. Existem, entretanto, dois pontos sobre a natureza deste contrato que têm uma enorme relevância constitucional. Repetidamente Locke afirma que o *Poder Legislativo, apesar de ser o poder supremo da sociedade política, está sempre limitado*, não somente pelos direitos naturais e pela finalidade para a qual tenha sido instituído (a certeza da lei), senão também está limitado por aquela ‘primeira e fundamental lei positiva’ que o institui, isto é, pelo contrato social, que aparece assim como um autêntico e próprio poder constituinte, superior ao Poder Legislativo. Com isto, *Locke estabeleceu a base teórica para uma distinção entre normas constitucionais e normas legislativas derivadas*”. (grifos no original). STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 243-4.

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: **Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 159.

sociedade, não evidentemente rebocando a política, *mas permitindo que a sociedade política seja feita de acordo com a Constituição.*”¹⁵²

É dessa forma que se apresenta o texto do art. 97 da Constituição Federal, como um desvelamento da possibilidade de concretização do controle difuso em sede de Tribunais de Apelação e do Superior Tribunal de Justiça.

É, pois, texto de aplicação cogente como bem demonstram várias decisões do STF, nas quais houve a devolução do processo ao Tribunal *ad quo* para fins de argüição de incidente.¹⁵³

Vislumbra-se, claramente, a posição defendida pelo STF quando anula acórdão dos Tribunais de Apelação para que seja processado o incidente de inconstitucionalidade em obediência ao comando do art. 97 da Constituição Federal.

Trata-se, pois, de regra que tem por detrás princípio cogente e de aplicação obrigatória para a declaração incidental de inconstitucionalidade – princípio da reserva de Plenário.

¹⁵² STRECK, 2005. p. 165.

¹⁵³ Conforme se vê do AI 475133 (Rel. Min. Cesar Peluso, DJ 04.05.2005, p. 30): “Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu processamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, adotando os fundamentos da sentença, considerou medida inconstitucional a pretensão do Estado de condicionar a liberação de veículo apreendido em situação irregular, ao pagamento das multas de trânsito. Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, a e b, a constitucionalidade do art. 262, § 2º do CTB e, ainda, que houve violação ao art. 97 da Constituição Federal. 2. Consistente o recurso. O acórdão recorrido valeu-se da fundamentação da sentença que dispôs: “Por sua vez, o art. 262 do CTB, em seu parágrafo 2º, estabelece que a “restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante prévio pagamento das multas impostas...” Vincular-se, porém, a liberação do veículo ao pagamento da multa é medida inconstitucional que fere não só o direito de propriedade, como o devido processo legal, uma vez que o Poder Público tem instrumentos processuais administrativos e judiciais para receber seus créditos, onde não se encontra o recolhimento de bens. (...) Isto posto, CONCEDO a segurança para o fim único de liberar-se o veículo em favor do impetrante, independentemente do pagamento das multas a ele vinculadas, que deverão ser executadas na via própria.” (fls. 38/39) Ora, este Tribunal já se manifestou a respeito: “EMENTA: I. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quorum qualificado (Constituição, art. 97): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências. II. Controle de constitucionalidade; reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.” (RE nº 240.096, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 21.05.1999) O acórdão impugnado, ao adotar os fundamentos da sentença, afastou a aplicação do artigo 262 do CTB por considerá-lo incompatível com a Constituição sem, contudo, observar o preceito do artigo 97, que restou violado. 3. Do exposto, com base no disposto no art. 544, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98 e pela Lei nº 8.950/94, acolho o agravo de instrumento, para desde logo conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, para anular o acórdão recorrido, a fim de que outro seja prolatado, com observância ao disposto no artigo 97 da Constituição.”

5.4 Natureza do controle

Trata-se de controle repressivo, incidental e concreto que deve ser exercido pelos Tribunais de Apelação em qualquer tempo e recurso no processo que está sob julgamento, sendo condição de eficácia para o julgamento da causa.

Como dispõe a doutrina já citada de Clemérson Merlin Clève, este incidente – exteriorização e forma do controle difuso – é condição de eficácia do julgamento do caso concreto.

Já o ex-Ministro Buzaid do Supremo Tribunal Federal (RE 97245; RTJ 110/226) diz que é condição de validade do julgamento da causa.

Assim, quer no plano da validade, quer no de eficácia, e, aqui, acolhem as lições de Pontes de Miranda, uma vez que o ato jurisdicional é também ato jurídico.¹⁵⁴

A incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência; a do fato jurídico, irradia-se, é juridicização das conseqüências dele, devido à incidência. Cada regra de direito enuncia algo sobre fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (feitos, com a incidência, jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos, apesar da confusão reinante na ciência européia: a eficácia da regra jurídica, que é a de incidir, eficácia “legal” (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e a eficácia jurídica, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos.

Por isso, em controle difuso, a natureza do incidente é prejudicial do mérito do julgamento da causa, tomando-se em consideração uma postura processual estrita. Mas, antes de tudo, é incidente e não ação, porque não é autônoma, não se desvincula da causa com que foi interposto; no entanto, é requisito, pressuposto e condição para a efetivação do julgamento.

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Parte Geral: t 1, p. 16-17.

E da decisão que julga o *incidem* surtem efeitos vinculantes, obrigatórios para o órgão fracionário que voltará a julgar a causa.

Há, ainda, uma possibilidade de entender-se este *incidente*, se desatrelado do *nomen juris* que lhe foi dado, como uma *ação incidental*, ao entender-se ação como quer Buzaid:

A ação é um direito *per se* à obtenção de um bem jurídico, mediante a atuação da vontade da lei. Ao direito do autor não corresponde nenhum dever do réu, o qual está apenas sujeito a sofrer os efeitos da ação. O direito subjetivo tem uma direção voltada para determinada pessoa: esta poderá ser substituída por sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*. A ação tem uma direção voltada para o Estado, ao qual pede uma sentença de mérito. O sujeito passivo da ação é *invariavelmente* o Estado, incumbido da prestação jurisdicional. A ação independe do resultado do processo. Se ela fosse um aspecto, ou modalidade do direito subjetivo, só poderia existir onde este existisse. Ora, o mero exercício de *ação infundada* demonstra que, independentemente do direito subjetivo, ela foi proposta, teve condição de vida autônoma, e concluiu com uma sentença que rejeitou a pretensão do autor. Aí houve ação sem direito subjetivo.¹⁵⁵

Esse conceito de ação centra-se, pois, na idéia de Liebman, para quem “a ação se dirige de fato contra o Estado, na sua condição de titular do poder jurisdicional, e por isso no seu exato significado o direito à jurisdição. (...) Entre ação e jurisdição existe por isso exata correlação, não podendo haver uma sem a outra.”¹⁵⁶

5.5 Efeitos da decisão

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 82.959-7 – firmou o entendimento, já manifestado anteriormente, de que o art. 27 da Lei n. 9.868/99, que regula o processamento da ação direta de inconstitucionalidade, também se aplica em sede de controle difuso. Trata-se de norma que flexibiliza o

¹⁵⁵ BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 111.

¹⁵⁶ *L'azione si dirige infatti verso lo Stato, nella sua qualità di titolare della potestà giurisdizionale, ed è perciò nel suo esatto significato il diritto alla giurisdizione. (...) Tra azione e giurisdizione esiste perciò esatta*

princípio da nulidade da norma declarada inconstitucional, tendo em vista a segurança jurídica e o excepcional interesse social (art. 27 da Lei n. 9.868/99). O Supremo Tribunal Federal, no referido caso, julgou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), declarando que a decisão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas na ocasião do julgamento. Ao proferir o seu voto, o Min. Carlos Ayres Britto, concluindo que a regra geral do Código Penal também seria inconstitucional para o caso dos crimes hediondos, dispõe que:

Daqui resulta que também tenho por inconstitucional a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados pelos delitos hediondos. Invalidez, contudo, que não implica retirar do mundo jurídico o diploma viciado. Explico: o vício da inconstitucionalidade traduz-se, como regra geral, na necessidade de extirpar do Ordenamento Jurídico o ato inválido, de sorte a preservar a coerência de tal Ordenamento e garantir a hierarquia e a rigidez da Constituição Federal. Mas há casos em que tal extirpação normativa é também agressora da própria Constituição da República. Casos em que “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (art. 27 da Lei nº 9.868/99, aqui subsidiariamente aplicada) se contrapõem ao abate em si do ato inconstitucional. O que tem levado esta Suprema Corte a, num juízo de ponderação, “retrabalhar” os efeitos de certas declarações de inconstitucionalidade.

E, em nota explicativa, esclarece que:

No julgamento da RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, este Supremo Tribunal assentou a possibilidade de aplicação subsidiária da regra de modulação de efeitos, inscrita no art. 27 da Lei nº 9.868/99, ao controle incidental de inconstitucionalidade: “Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade”.

A manutenção do puro sistema concentrado, como forma de manter uma verticalização capaz de atingir a segurança jurídica de jurisdicionados, apresenta um grave ponto de tensão na medida em que é por meio do controle difuso que se possibilita o acesso a todo e qualquer cidadão à jurisdição constitucional. Acesso

correlazione, non potendo aversi l'una senza l'altra. LIEBMAN, Enrico Tullio Liebman. **L'azione nella teoria del processo civile**, Problemi del Processo Civile, Milano: Morano Editore, 1962. p. 45 e 47.

que não fica, assim, condicionado à aprovação pelas partes legitimadas constitucionalmente à ação referente ao controle concentrado.

É que a admissão do *amicus curiae* em várias decisões do STF vem ao encontro das maiorias representadas na sociedade organizada; no entanto, há que se pensar nas minorias excluídas cujo acesso à jurisdição constitucional se dá na forma e no modo dos processos instaurados no primeiro grau do Judiciário brasileiro. É, sem sombra de dúvida, um instrumento de fortalecimento da democracia, onde se busca concretizar os direitos de todos e não só de alguns.

De outro lado, a impossibilidade de extensão 'erga omnes' dos efeitos do acolhimento de incidente de inconstitucionalidade, não é, também, fundamento para a extinção do controle difuso, é que a tão só permissão de declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais de Apelação já é suficiente o necessário para a proteção das minorias. Ademais, no momento em que utilizado o incidente na forma determinada pelo art. 97 da Constituição, tal decisão gera efeitos e vincula os órgãos fracionários dos Tribunais, com o que se torna evidente e clara a conotação democrática de tal controle difuso.

Há, pois, uma extensão dos efeitos do incidente que desborda o julgamento do caso concreto. E isto é fundamento para a manutenção deste controle difuso.

Neste sentido, Teori Zavascki salienta:¹⁵⁷

A instalação do incidente e a sua apreciação constituem, portanto, condição de validade do julgamento da causa, a não ser que o próprio órgão fracionário rejeite, desde logo, a arguição de inconstitucionalidade. Não se admite a sua dispensa sob a singela alegação de que não se está declarando a ilegitimidade da norma, mas apenas afastando a sua aplicação ao caso. A propósito, decidiu o STF: 'A declaração de inconstitucionalidade de norma *incidenter tantum* e, portanto, por meio de controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o juiz ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida por inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser

¹⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34. O precedente citado é o RE 179.170, Rel. Min. Moreira Alves.

declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro.

Vê-se, pois, que os efeitos da declaração em sede de controle difuso desbordam do efeito entre as partes, gerando a vinculação ao Tribunal de Apelação nos demais feitos em que se deva conhecer do texto afastado pelo acolhimento do incidente de inconstitucionalidade.¹⁵⁸

É, pois, do próprio princípio da reserva de plenário que nasce a natural vinculação aos órgãos fracionários dos Tribunais. Esse entendimento restou consolidado no parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil (acrescentado pela lei 9.756/1998): “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

Quanto às questões consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal, este já havia firmado entendimento no sentido de que, havendo precedente do respectivo Plenário, despicienda a análise da questão pelo plenário ou órgão especial dos Tribunais. Veja-se, pois, esta posição nas palavras do Min. Marco Aurélio:

Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal – descabe o deslocamento previsto no art. 97 da CF. O julgamento de plano pelo órgão fracionário homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionários apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Neste sentido a previsão do art. 151 do Regimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Art. 151. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo afirmada pelo Plenário ou pela Corte Especial vinculará as Turmas e Seções em hipótese idênticas.”

¹⁵⁹ AI-AgR 170162/SC, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 26/09/1995, publicado no DJU de 17/11/1995, p. 39218.

O parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil vem sendo aplicado pelas órgãos fracionários do Tribunal Regional da 4ª Região, como se vê no seguinte julgado:

Esta Corte já declarou a inconstitucionalidade da expressão "os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada: constante no "caput" do artigo 13 da lei nº 8.620, de 1993, na Arguição de Inconstitucionalidade no AI nº 1999.04.01.096481-9/SC, Rel. Des. Federal Amir Sarti), de forma que o acolhimento do pedido de redirecionamento exige a comprovação do dolo do sócio-gerente da empresa executada, não podendo ser este simplesmente presumido em decorrência do não-pagamento, sendo a decisão do Plenário vinculativa para os órgãos fracionários, nos termos do disposto no art. 151, do Regimento Interno desta Corte, e no art. 481, parágrafo único, do CPC.¹⁶⁰

A previsão do parágrafo único do art. 481 do CPC, todavia, dá margem a cogitar-se da sua inconstitucionalidade, pois tal dispositivo, ao dispensar o incidente pelos tribunais inferiores cujo plenário ou órgão especial já se tenha pronunciado acerca da questão, proporciona uma vinculação jurisprudencial incompatível para o sistema romano-germânico. Nesse sentido, alerta Lenio Streck para o fato de que “a se admitir que decisões dos próprios tribunais, que não o Supremo Tribunal Federal, constituam condição suficiente para a dispensa do incidente, estar-se-á “consolidando” interpretação constitucional que pode não ser a do Supremo Tribunal Federal”.¹⁶¹

¹⁶⁰ Agravo de Instrumento n. 2006.04.00.026032-2, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, julgado em 31/10/2006, publicado no DJU de 16/11/2006, p. 429.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 458.

CAPÍTULO VI – O ESTADO DA ARTE DA JURISDIÇÃO DIFUSA NO BRASIL: O TRF DA 4ª REGIÃO E O STJ

Consagrado, pois, o controle difuso, bem como a necessária aplicação do princípio da reserva de plenário pelos Tribunais de Apelação e também pelo Superior Tribunal de Justiça, impossível aos órgãos fracionários dos tribunais a declaração de inconstitucionalidade de lei e atos normativos; impossível, também, que se os afastem sem a necessária maioria absoluta de votos pelo acolhimento do incidente. Tudo porque o preceito do art. 97 da Constituição Federal é princípio que dá eficácia ao controle difuso.

Passa-se, pois, ao exame, ao longo dos últimos 5 anos, de casos paradigmáticos suficientes a amparar a utilização e a não-utilização do princípio do artigo 97 da Constituição Federal pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Tudo buscando uma linha de adequação em razão da matéria discutida, bem como, inclusive, verificando-se, nestes casos, se houve julgamentos por órgão fracionários antes do incidente para, também, fazer um cotejo, nestes casos, com o controle concentrado do STF.

Tem-se, pois, que, em um Estado Democrático de Direito, o controle difuso é também garantia de concretização dos direitos fundamentais, quer se adote a teoria geracional ou dimensional desses direitos (Canotilho, Bonavides), quer se adote como Schäffer,¹⁶² uma teoria unitária, onde, para concretização de um direito mister que todos os direitos fundamentais sejam protegidos e concretizados. Ou melhor, impossível a realização de um direito individual de liberdade sem que se atenda ao

¹⁶² SCHÄFFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

direito social da previdência social ou mesmo o difuso de preservação do meio-ambiente.

É que, via controle difuso, tanto nos Tribunais de Apelação, como no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em sede de exame de recurso extraordinário, o indivíduo pode buscar o afastamento de texto desconforme com o texto constitucional, para ver o direito pleiteado concretizado.

Figure-se, como exemplo, o benefício de aposentadoria rural, em regime de economia familiar, criação da Constituição Federal de 1988, em que o STF entendeu ser auto-aplicável apenas a implementação da idade, para fins de aposentadoria do trabalhador rural, tal como previsto no art. 202, da Constituição Federal, figurando, neste sentido, o voto vencido do Min. Néri da Silveira.

Tais direitos só podem se efetivados quando, no Estado Democrático de Direito, as políticas públicas tributárias forem correlatas aos fins sociais, ou seja, necessária uma devida tributação para que se alcance a efetividade da prestação previdenciária; no entanto, também nesta área, o controle difuso possibilita que a arrecadação tributária se faça dentro dos parâmetros e nos termos do texto constitucional, sem o quê o direito dos contribuintes estariam sendo derrubados. É, como se vê abaixo, o caso do Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação Cível n. 1998.04.01.020236-8¹⁶³:

CONSTITUCIONAL. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE MAIS BENIGNA.

1. Conflito existente entre lei ordinária, que limita temporalmente a aplicação retroativa de penalidade mais benigna, e lei complementar, que estabelece aplicação a “ato não definitivamente julgado”. Divergência doutrinária quanto à existência ou não relativamente à hierarquia.

2. Sempre que uma lei ordinária discrepar de normas gerais de direito tributário, a incompatibilidade se resolve a favor do texto integrado em lei complementar ou com força de lei complementar, reconhecendo-se, no caso, vício de inconstitucionalidade, porque a lei ordinária invadiu competência reservada, constitucionalmente, à lei complementar.

¹⁶³ Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 1998.04.01.020236-8, julgado em 28/11/01, publicado no DJU, Seção 2, de 23/11/02, p. 178/180. Rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria.

3. A Constituição não fixou o conceito de “normas gerais de direito tributário”, enumerando, exemplificativamente, algumas delas no art. 146, sendo certo que nem todas as normas contidas no Código Tributário Nacional podem ser tidas como tais, ainda que inscritas no Livro II deste. Necessidade, portanto, de análise caso a caso do dispositivo.

4. São, contudo, “normas gerais” aquelas que, simultaneamente, estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que completarão a regência da matéria e que possam ser aplicadas uniformemente em todo o País, indiferentemente de regiões ou localidades. Interpretação da expressão constante em diversos artigos constitucionais e abrangendo vários campos do Direito (Administrativo, Tributário, Financeiro, Ambiental, Urbanístico, etc).

5. Hipótese em que o art. 106 do CTN fixa os princípios, as diretrizes, os critérios de aplicação de penalidade mais benigna, e, portanto, é “norma geral de direito tributário”, critério básico a ser aplicado uniformemente, garantia mínima do contribuinte, que não pode ser alterada por mera lei ordinária. Legislação ordinária que invadiu, desta forma, competência reservada à lei complementar – art. 146, III, “b”, CF – e, assim, somente passível de alteração por outra lei complementar.

Decorre daí a importância dos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade, já que vincula, no âmbito da jurisdição do Tribunal, no caso, todos os feitos da Justiça Federal da 4ª Região, passando-se a inexigir a multa nos moldes pretendidos pelo Decreto Federal.

6.1 Controle Difuso em Casos Paradigmáticos

Visto até este momento a ligação entre a jurisdição constitucional e a manutenção da democracia, porque, por meio do controle dos textos legais e atos normativos dos poderes públicos, torna-se o Poder Judiciário o detentor deste mecanismo capaz de negar existência a textos, porque contrários ao texto constitucional, com o que se fortalece a própria democracia.

Dito que só há democracia quando há participação do povo na forma e no modo de governo, este povo soberano deve ser capaz de acionar quem detém o poder de controlar a constitucionalidade de textos legais e atos normativos, acessando e provocando o Judiciário sem a necessidade de intermediários ou de legitimados para tanto.

E este acesso se dá por meio do controle difuso de constitucionalidade. Daí a estreita vinculação entre o controle difuso de constitucionalidade e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A jurisdição constitucional nasce, então, da necessidade de respeito à ordem constitucional para proteção, também, dos direitos das minorias. E é na sua feição difusa que tal função demonstra-se hábil e válida para atender aos reclames da sociedade em sua totalidade.

Passa-se, pois, ao exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

6.1.1 Superior Tribunal de Justiça

No período sob exame, 2000 a 2005, foram julgados 4 (quatro) incidentes pelo STJ, em um total de 1.254.493 processos julgados por este Tribunal, sendo que 12.012 pela sua Corte Especial.

A primeira, AIn RMS 6068,¹⁶⁴ enfrentando o mérito, julgou improcedente a argüição, nos seguintes termos:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO 17/93 DO TJMT. 3ª VARA CÍVEL DE VÁRZEA GRANDE. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL 4964/85 (COJE). CF/88, ART. 125, § 1º, E CEMT, ART. 96, III.

1. A CF/88, em seu art. 125, § 1º, estabelece que a Constituição do Estado definirá a competência do Tribunal de Justiça, sendo desta a iniciativa da lei de organização judiciária.

2. A Lei Mato-Grossense 4964/85, promulgada sob a égide da CF/67, com a redação da EC 1/69, determinava incumbir ao TJMT propor ao Poder Legislativo alterações da organização e da divisão judiciárias, salvo aquelas que implicassem em aumento de despesas (art. 144, § 5º), sendo que, nas Comarcas onde houver mais de uma Vara, a competência destas será determinada por Resolução do Tribunal Pleno (art. 58).

¹⁶⁴ Argüição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança n. 1995/0039187-2, Relator Min. Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 28/11/2002, publicado do DJU de 04/08/2003, p. 203.

3. Tendo em vista ainda o disposto no art. 96, III, da CEMT, a Resolução 17/93 do TJMT, que modificou a competência da 3ª Vara Cível da Comarca de Várzea Grande, é constitucional devendo ser mantida.
4. Arguição de inconstitucionalidade da referida resolução julgada improcedente. Decisão por maioria.

A segunda, AIn NC 195,¹⁶⁵ não foi conhecida, conforme decisão: “INQUÉRITO POLICIAL. A inconstitucionalidade de norma legal não pode ser decretada como incidente do inquérito policial, antes da sessão designada para o recebimento da denúncia.”

A terceira, AIn no RESP 215881¹⁶⁶, teve manifestação acolhendo preliminar de não-cabimento, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL (JULGAMENTO).
INCONSTITUCIONALIDADE (PREJUDICIAL).
ARGÜIÇÃO/PROCEDIMENTO (REGIMENTO, ART. 200 E CÓD. DE PR. CIVIL. ARTS. 480 A 482. COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS (DISTRIBUIÇÃO).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a argüição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.
2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.
3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento.
4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.
5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).
6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.
7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.
8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos

¹⁶⁵ Argüição de Inconstitucionalidade na Notícia Crime n. 2000/0142018-6, Relator min. Milton Luiz Pereira, Relator para o Acórdão Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 24/06/2002, publicado no DJU de 12/05/2003, p. 201.

¹⁶⁶ Argüição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial n. 1999/0045345-0, Relator Min. Franciulli Netto, Relator para o Acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/04/2001, publicado no DJU de 08/04/2002, p. 111.

e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.

9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos.

A quarta, Aln no MS 4993,¹⁶⁷ teve o acolhimento da argüição, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA: INCONSTITUCIONALIDADE. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 165, § 4º). LEGITIMIDADE PASSIVA DO IMPETRADO, QUE ENCAMPOU O ATO IMPUGNADO. PERMANÊNCIA DO INTERESSE PROCESSUAL DA IMPETRANTE NO DESFECHO DO WRIT (LEI N. 5.021/66, ART. 1º), MESMO APÓS O ADVENTO DE LEX NOVA (LEI N. 9630/88). INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

I- A impetrante, funcionária pública federal aposentada, ajuizou ação de mandado de segurança contra ato do Ministro da Administração e Reforma do Estado, o qual, com arrimo na MP n. 1.415/96 e respectivas reedições, lhe exigiu contribuição previdenciária. Alegou que a MP padecia de inconstitucionalidade, uma vez que a CF, em seu art. 195, II, fala em “trabalhadores”. Argumentou, mais, que não se pode, a teor do inciso IV do art. 194, reduzir benefícios já adquiridos e incorporados.

II- Afastamento da ilegitimidade passiva do impetrado, uma vez que ele encampou e defendeu o ato impugnado (Precedente da 3ª Seção: MS nº 3.478/DF). Não acolhimento da preliminar de “lei em tese”, já que a impetrante sofreu efetivos descontos.

III- O advento da Lei n. 9.630/98, que em seu art. 5º só alude a “servidores ativos”, não retira o interesse processual da impetrante que passou a sofrer descontos no período compreendido entre o aforamento da ação e a concessão de medida liminar.

IV- A instituição de contribuição previdenciária para servidor público aposentado, o qual não se encasa como “trabalhador” (CF, art. 195, II), não pode ser feita por medida provisória. A dicção constitucional do § 4º do art. 195 é efusiva: “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”, ou seja, “mediante lei complementar”.

V- Argüição de inconstitucionalidade acolhida.

Ao exame destas manifestações, colhem-se indiscutíveis conclusões sobre a necessidade de argüição do incidente nos termos do art. 97 da Constituição Federal. Há, pois, uma condição prévia de eficácia do julgamento no STJ quando se defronta

¹⁶⁷ Argüição de Inconstitucionalidade no Mandado de Segurança n. 1997/0004858-6, Relator Min. Adhemar Maciel, Corte Especial, julgado em 21/10/1998, publicado no DJU de 19/02/2001, p. 128.

com questão constitucional. De outro lado, só pode ser declarada a inconstitucionalidade em sede de processo e nunca em fase de inquérito policial, como se vê da outra preliminar apresentada pelo Ministro José Delgado, no Inquérito referido:

No caso, a manifestação está sendo posta no bojo de um inquérito em que há um pedido de arquivamento, que tem o efeito de ação declaratória de inconstitucionalidade de uma lei em tese.

Não há nenhuma relação jurídica de direito formal instituída, nem uma pretensa relação de direito material, o que temos assentado, no momento, é o inquérito com o pedido de arquivamento pelo Ministério Público.

A meu sentir, inexistindo o início possível de uma relação jurídica de direito formal e, conseqüentemente, o resultado que seria a análise de uma relação jurídica de direito material, a manifestação da parte, visando à declaração de inconstitucionalidade, não é **incidenter tantum**, uma vez que produz, em tese, o efeito de ação declaratória de inconstitucionalidade, cuja competência, para o seu conhecimento, não é desta Corte Especial. A ação declaratória de constitucionalidade, sabemos, somente poder ser pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁸

O caso paradigmático, no entanto, está na AIn MS 4993, onde se tratava de direito fundamental, matéria, aliás, levada ao controle concentrado do STF, no que diz respeito com as contribuições previdenciárias.

Há, no entanto, decisão onde haveria que se argüir o incidente, perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF, inclusive com posições pessoais ressalvadas, como é o caso do Min. Teori Zavascki, no julgamento do RESP 719252/SP, em que a 1ª Turma entendeu ser o art. 4º, 2ª parte, da LC 118/2005, ofensivo ao princípio da autonomia e independência dos poderes (art. 2º, CF) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF).

No caso, para tal declaração, na linha do texto constitucional, mister a arguição de incidente para dar validade e eficácia à decisão.

¹⁶⁸ AIn NC 195.

No período em análise – 2000 a 2005, foram quatro os incidentes argüidos à Corte Especial, composta e com competência nos seguintes termos regimentais:

Art. 2º. O Tribunal funciona:

I - em Plenário e pelo seu órgão especial (Constituição, art. 93, XI), denominado Corte Especial;

Art. 11. Compete à Corte Especial processar e julgar:

(...)

IX - as argüições de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitadas nos processos submetidos ao julgamento do Tribunal;

O primeiro foi desacolhido.

O segundo não conhecido.

O terceiro incabível.

O quarto acolhido.

Várias são as conclusões que se pode tirar deste quadro supra – posições firmes quanto ao não cabimento em sede de inquérito policial e, comprovando o exercício do poder de controle difuso, entendendo incabível, quando não aproveita nenhum dos recorrentes, a análise da questão constitucional.

É do primeiro caso – AI no RMS 6068 e do quarto caso – AI no MS 4993, que demonstram a existência deste tipo de controle quando se declara a inconstitucionalidade.

6.1.2 Tribunal Regional Federal da 4ª Região

A partir de sua instalação em março de 1989 até dezembro de 2005, o Tribunal Regional da 4ª Região processou 81 incidentes de argüição de inconstitucionalidade.

No TRF da 4ª Região, no período de 2000 a 2005, período em análise, foram argüidos 26 incidentes. Destes, 12 (doze) foram acolhidos, 13 (treze) foram rejeitados e 1 (um) não-conhecido. Verifica-se, por primeiro, que o Tribunal, por força regimental, tem sobrestado todos os demais feitos que digam respeito ao texto posto

sob controle constitucional, a fim de promover o efetivo controle difuso de constitucionalidade.

De outro lado, constata-se que, em alguns casos, como o da Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível n. 1998.04.01.020236-8, houve, *a posteriori*, confirmação pelo STF, em sede de controle difuso (RE 407190/RS), da decisão da Corte Especial do TRF da 4ª Região.

Casos ocorreram, por outro lado, de ser declarada a inconstitucionalidade de lei que antes houvera sido julgada constitucional pela Corte Especial do TRF da 4ª Região, como o que versou sobre a contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de empresários e autônomos, prevista no inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212, de 25.07.91. Trata-se da Arguição no Mandado de Segurança n. 95.04.00514-4 e da ADIN n. 1102, cujas ementas seguem, respectivamente:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, PERANTE TRIBUNAL (ART-480 DO CPC-73) DE PRECEITO NORMATIVO CUJA VIGÊNCIA FOI SUSPENSA POR MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCABIMENTO DO INCIDENTE. 1. AS DECISÕES DO STF, QUE JULGAM PROCEDENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, TÊM NATUREZA DECLARATÓRIA E EFICÁCIA EX TUNC E ERGA OMNES. TRANSITADA EM JULGADO A DECISÃO, O PRECEITO NORMATIVO É CONSIDERADO NULO PARA TODOS OS EFEITOS, NÃO MAIS PODENDO SER INVOCADO PELAS PARTES EM QUALQUER DEMANDA, NEM, LEGITIMAMENTE, SER APLICADO POR QUALQUER JUIZ OU TRIBUNAL. 2. JÁ A DECISÃO QUE DEFERE MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, IMPORTA ANTECIPAÇÃO PROVISÓRIA DO EFEITO MAIS IMPORTANTE DAQUELE EVENTUAL JUÍZO DEFINITIVO DE PROCEDÊNCIA: O DE SUSPENDER A VIGÊNCIA DA LEI. E, CONQUANTO TENHA, EM REGRA, EFICÁCIA EX NUNC, SEUS DESTINATÁRIOS SÃO OS MESMOS DA DECISÃO FINAL: AMBAS TEM EFICÁCIA ERGA OMNES. 3. ASSIM, APLICAR DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF OU CUJA VIGÊNCIA ESTÁ SUSPENSA POR MEDIDA CAUTELAR, EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, É O MESMO QUE APLICAR LEI REVOGADA OU INEXISTENTE. NENHUM JUIZ OU TRIBUNAL PODERÁ LEGITIMAMENTE FAZÊ-LO, PENA DE COMPLETA INUTILIDADE DO SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. 4. CONCEDIDA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA, OS EFEITOS PENDENTES PERANTE OS TRIBUNAIS INFERIORES DEVERÃO OU SER SUSPENSOS ATÉ A

DECISÃO DEFINITIVA DO STF (ART-264, INC-4, LET-A, DO CPC-73) OU SER JULGADOS, NESTE CASO SEM APLICAÇÃO DA NORMA CUJA VIGÊNCIA ESTÁ SUSPensa. EM QUALQUER HIPÓTESE, SERÁ INCABÍVEL O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE PREVISTO NO ART-830 DO CPC-73. E QUE O EVENTUAL RECONHECIMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PELO TRIBUNAL INFERIOR NÃO PODERIA SE SOBREPOR À DECISÃO DO STF, QUE IMPORTA PROIBIÇÃO DE SUA APLICAÇÃO: E O RECONHECIMENTO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE TERIA A ÚNICA EFICÁCIA DE AUTORIZAR A NÃO APLICAÇÃO DA NORMA AO CASO PENDENTE, O QUE JÁ ESTA IMPOSTO PELA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 5. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDO¹⁶⁹.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL: EXPRESSÕES “EMPRESÁRIOS” E “AUTÔNOMOS” CONTIDAS NO INC.I DO ART. 22 DA LEI N. 8.212/91. PEDIDO PREJUDICADO QUANTO AS EXPRESSÕES “AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES” CONTIDAS NO INC. I DO ART. 3. DA LEI N. 7.787/89. 1. O inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212, de 25.07.91, derogou o inciso I do art. 3. da Lei n. 7.787, de 30.06.89, porque regulou inteiramente a mesma matéria (art. 2., par. 1., da Lei de Introdução ao Cod. Civil). Malgrado esta revogação, o Senado Federal suspendeu a execução das expressões “avulsos, autônomos e administradores” contidas no inc. I do art. 3. da Lei n. 7.787, pela Resolução n. 15, de 19.04.95 (DOU 28.04.95), tendo em vista a decisão desta Corte no RE n. 177.296-4. 2. A contribuição previdenciária incidente sobre a “folha de salários” (CF, art. 195, I) não alcança os “autônomos” e “administradores”, sem vínculo empregatício; entretanto, poderiam ser alcançados por contribuição criada por lei complementar (CF, arts. 195, par. 4., e 154, I). Precedentes. 3. Ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniência, concedia efeito prospectivo ou “ex-nunc” a decisão, a partir da concessão da liminar. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões “autônomos” e “administradores” contidas no inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212, de 25.07.91.¹⁷⁰

1. Arguição de Inconstitucionalidade no MS n. 1998.04.01.049838.5

Este incidente discute a constitucionalidade do art. 32 da MP n. 1.770-46/99, que alterou o art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72, instituindo a exigência do prévio depósito de 30% do valor do débito discutido, como condição para a admissibilidade

¹⁶⁹ TRF da 4ª Região, Relator para o acórdão Desembargador Federal Teori Albino Zavascki, publicado em 28/06/1995.

¹⁷⁰ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJU de 17/11/1995.

de recurso na via administrativa, por afronta aos requisitos de relevância e urgência do art. 62 da Constituição Federal.

O Plenário do Tribunal conheceu da argüição, por maioria de votos, entendendo que, não havendo liminar em sede de ADIN, inexistia óbice à análise da questão. No mérito, também por maioria, decidiu-se pela constitucionalidade do art. 32 da MP n. 1.770-46/99, entendendo-se presentes os requisitos de relevância e urgência, tendo em vista que a exigência do depósito prévio está diretamente ligada com a fiscalização e o controle da arrecadação do Estado, não se tratando de simples norma processual ou procedimental.

Já nesta primeira argüição, o Plenário do TRF da 4ª Região, diga-se, à época, com a competência hoje da Corte Especial (art. 4º, § 1º, III, do Regimento Interno), defrontou-se com a vinculação das decisões do STF em sede de controle concentrado. A tese majoritária firmou uma posição de que “*A ausência de liminar em sede de ADIN permite o exame da questão em controle difuso.*”¹⁷¹

Verificou-se, pois, que o precedente deste incidente veicula por maioria a tese de independência dos dois modelos de controle, independência que se mostra necessária à manutenção do controle difuso como se vem ocorrendo nesta tese.

É que vinha se verificando uma hibridez de efeitos na atual posição do STF¹⁷², aliás já anotado em posição de Segado¹⁷³ – o que se retira é a clara importância do controle difuso.

Analisando, ainda, o mérito do incidente verifica-se, por decisões anteriores, que os órgãos fracionários já vinham decidindo, tangenciando a questão constitucional, como se vê nas seguintes ementas:

¹⁷¹ Argüição de Inconstitucionalidade no MS n. 1998.04.01.049838-5, julgado em 01/02/00, publicado no DJU, Seção 2, de 08/03/00, p. 623.

¹⁷² Trata-se da flexibilização do princípio da nulidade da norma declarada inconstitucional tendo em vista a segurança jurídica e o excepcional interesse social (art. 27 da Lei n. 9.868/99). Posicionamento este reiterado no julgamento do HC n. 82.959-7, em que se julgou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), declarando-se que a decisão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas na ocasião do julgamento. (Informativo 417)

¹⁷³ SEGADO, Francisco Fernández. Controle de Constitucionalidade e Justiça Constitucional. In: **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. SUNAB. MULTA. CONGELAMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. DEPÓSITO RECURSAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA. 1. **É constitucional a exigência do depósito para se recorrer na via administrativa.** 2. O congelamento de preços, decorrente da LEI-8178/91, não afronta a CF-88, encontrando guarida no PAR-4 do ART-173 e PAR-CAPUT do ART-174, ambos da CF-88. 3. Multa mantida. 4. Apelação improvida.¹⁷⁴

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO DA MULTA. ART-93 DA LEI-8212/91. **É constitucional a exigência de depósito prévio da multa para a interposição de recurso administrativo, nas hipóteses previstas pelo ART-93 da LEI-8212/91 - com a redação dada pela LEI-8870/94 e pelo ART-636 PAR-1 da CLT.** SUM-55 do TRF-4R.¹⁷⁵

2. Arguição de Inconstitucionalidade no AI n. 1999.04.01.009782-6¹⁷⁶

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do §7º do art. 98 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, o qual dispõe que, nas execuções fiscais da dívida ativa do INSS, se no primeiro ou no segundo leilões não houver licitante, o Instituto poderá adjudicar o bem por cinquenta por cento do valor da avaliação. O fundamento da Turma, ao arguir o incidente, foi a ofensa aos princípios da proporcionalidade e da isonomia, indeferindo-se o pedido de efeito suspensivo ao recurso interposto pelo INSS.

Em agravo, foi rejeitada a tese em que se baseou a Turma para arguir o incidente. Veja-se que a própria relatora adotou posição diversa da que vinha mantendo em Turma.

Aqui, a grande importância do delineamento dos limites do controle difuso.

¹⁷⁴ Apelação Cível n. 95.04.42348-5, Relator Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, Terceira Turma, julgado em 15/04/1999, publicado no DJU de 12/05/1999, p. 462.

¹⁷⁵ Apelação em Mandado de Segurança n. 1998.04.01.029329-5, Relatora Des. Federal Tania Terezinha Cardoso Escobar, Segunda Turma, julgado em 11/03/1999, publicado no DJU, Seção 2, de 05/05/1999, p. 274.

¹⁷⁶ Arguição de Inconstitucionalidade no AI n. 1999.04.01.009782-6, julgado em 29/03/00, publicado no DJU, Seção 2, de 26/04/00, p. 05/07.

Traz-se à discussão a inaplicabilidade da interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto como controle difuso. Veja-se, pois, o seguinte trecho da ementa:

4. O disposto no § 7º do art. 9.528/97 [sic], portanto, em determinados casos poderá infligir um sacrifício descabido ao contribuinte, confrontando a regra constitucional do direito de propriedade e do “justo preço”, bem como malferindo o princípio da proporcionalidade, restando incompatível com a Carta Magna. Contudo, o Plenário deste Tribunal tem inúmeros precedentes no sentido de que não se deve declarar a inconstitucionalidade da lei quando ela puder ser considerada constitucional em determinados casos concretos e inconstitucional em outros. Como já asseverou o ilustrado Juiz Amir Sarti (ED na AMS nº 97.04.33734-5/SC), “o art. 97 da CF só incide quando se tratar de declarar (rectius, decretar), a inconstitucionalidade total ou parcial da lei ou ato normativo com redução de texto, não, porém, quando – como na espécie – o caso é de mera interpretação conforme a Constituição, ou seja, pronúncia de inconstitucionalidade sem redução de texto”.

5. Em que pese, no caso, o afastamento da norma pela configuração do preço vil não se tratar de mera interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung), porquanto o seu afastamento contraria o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, o fato é que no controle difuso o órgão especial só declara inconstitucionalidade com redução de texto (STF, RE nº 184.093-5/SP).

No que tange à alegada ofensa ao princípio da isonomia, entendeu-se inexistente, “porquanto um processo de execução mais célere e efetivo à Fazenda está, ao fim e ao cabo, protegendo os direitos do povo enquanto parte do Estado”.

3. Argüição de Inconstitucionalidade no AMS n. 1999.04.01.080274-1¹⁷⁷

Nesta argüição, o Plenário rejeitando-a, entendeu que o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 não viola o conceito de faturamento inserido no art. 195, I, da Constituição Federal.

Sinale-se que a rejeição ocorreu por maioria, vindo após, em controle do Supremo Tribunal Federal ser declarada a inconstitucionalidade da norma em questão, entendendo-se que

esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º, do § 1º da Lei 9.718/97, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/97 — o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) —, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF.¹⁷⁸

As Turmas do Tribunal vinham decidindo nesse mesmo sentido. Há, no entanto, precedente em que foi declarada a constitucionalidade do citado dispositivo, como se vê na Apelação Cível n. 1999.04.01.049258-2, a qual restou assim ementada:

PIS. COFINS. ALÍQUOTA. BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO DA COFINS COM A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. ANTERIORIDADE MITIGADA. LEI Nº 9.718. A nova redação dada às leis complementares 07/70 e 70/91 pela Lei nº 9.718, de 1998, ampliou a base de cálculo do PIS e da COFINS e elevou a alíquota desta última. O Supremo Tribunal Federal já assentou que é necessário lei complementar somente para a criação de outras fontes para a seguridade social, nos termos do parágrafo 4º do art. 195 da Constituição Federal, para as já previstas no texto constitucional basta lei ordinária. Neste diapasão, as disposições das Leis Complementares 07, de 1970 e 70, de 1991, devem ser tidas como de leis ordinárias, e, portanto, passíveis de modificação por norma da mesma hierarquia. A Lei nº 9.718, de 1998, ao limitar o direito à compensação de 1/3 do valor pago a título de COFINS, com a contribuição social sobre o lucro, não ofendeu os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária. No que diz respeito à anterioridade mitigada, a mesma se conta a partir da edição da primeira medida provisória que trata da matéria. Nessas condições, tendo em conta que a Lei 9.718, de 27.11.1998, está isenta de vício no processo de conversão e que, no que aqui atine, é reprodução fiel

¹⁷⁷ Arguição de Inconstitucionalidade no AMS n. 1999.04.01.080274-1, julgado em 29/03/00, publicado no DJU, Seção 2, de 31/05/00, p. 673/674.

¹⁷⁸ Informativo n. 408 do STF.

da Medida Provisória nº 1.724, de 29.10.1998, tenho que o prazo nonagesimal de que trata o artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição da República, deve ser contado da edição deste último veículo legislativo, ou seja, de 30 de outubro de 1998, data de sua publicação, perfectibilizando-se, portanto, em 1º de fevereiro de 1999, tal qual ficou assentado no inciso I do artigo 17 da lei. A Emenda Constitucional nº 20, de 1998, convalidou a Lei nº 9.718, porquanto a única exigência para que o direito ordinário anterior sobreviva debaixo da nova Constituição é que não mantenha com ela nenhuma contrariedade não importando que a mantivesse com a anterior, quer do ponto de vista material, quer formal. Não que a nova constituição esteja a convalidar vícios anteriores. Ela simplesmente dispõe ex novo (Celso Ribeiro Bastos, *in* Curso de Direito Constitucional).¹⁷⁹

Anote-se, pois, a clara infringência ao disposto no art. 97 da Constituição Federal, porque o órgão fracionário não argüiu o incidente em flagrante desatenção ao comando constitucional.

Aqui, vê-se que havia inclusive divergência entre as Turmas, como é exemplo o Agravo Regimental nº 1999.04.01.020541-6, cuja ementa dispõe o seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO. LEI-9718/98. COFINS E PIS. 1. Receita bruta e faturamento são termos que se equivalem, conforme a legislação do imposto de renda. A contribuição que tem por fato gerador a receita bruta, assim, satisfaz o previsto no art. 195, I da CF-88 não demandando lei complementar, a teor do PAR-4º do mesmo dispositivo constitucional. 2. Para a cobrança da COFINS e do PIS, sob a nova modalidade introduzida pela Lei 9.718/98, o que se deve acatar é simplesmente o prazo de 90 dias a contar da MP 1.724/98, objeto da conversão. 3. A limitação do direito à compensação de 1/3 do valor pago a título de COFINS, com a contribuição social sobre o lucro, não ofende os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária. 4. Agravo regimental improvido.¹⁸⁰

4. Argüição de Inconstitucionalidade no AI n. 1999.04.01.096481-9¹⁸¹

Neste incidente, declarou-se a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei n.

¹⁷⁹ Segunda Turma, Relatora Des. Federal Tania Terezinha Cardoso Escobar, Relator para o acórdão Des. Federal Vilston Darós, julgado em 26/08/1999, publicado no DJU, Seção 2, de 27/10/1999, p. 669.

¹⁸⁰ Primeira Turma, Relator Des. Federal Fábio Rosa, julgado em 18/05/1999, publicado no DJU, Seção 2, de 07/07/1999, p. 173.

¹⁸¹ Argüição de Inconstitucionalidade no AI n. 1999.04.01.096481-9, julgado em 28/06/00, publicado no DJU, Seção 2, de 16/08/00, p. 331.

8.620/93, o qual dispõe que “O titular de firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens, pelos débitos junto à Seguridade Social”.

Há, neste caso, uma preliminar de não-conhecimento do incidente em face da inutilidade da manifestação para solução do caso concreto. A Ministra Ellen Gracie votou pelo não-conhecimento da argüição, pois a empresa era constituída de dois sócios e um deles havia falecido, restando a dívida consolidada na pessoa do remanescente, contra quem se pretendia redirecionar a dívida.

Ocorre que o próprio redirecionamento da execução fez incidir o art. 13 da Lei n. 8.620/93, que ampliou os limites da responsabilidade dos sócios pelo pagamento das contribuições previdenciárias. O que se fazia necessário para o deslinde do caso concreto.

Aqui, a inconstitucionalidade foi declarada por infringência ao art. 146, III, *b*, da Constituição Federal, que exige lei complementar para regular a *obrigação tributária*.

5. Argüição de Inconstitucionalidade na REO n. 1998.04.01.080564-6¹⁸²

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade da letra *h* do inciso I do art. 12 da Lei n. 8.212/91, acrescentada pelo § 1º do art. 13 da Lei n. 9.506/97 – que previa como segurado obrigatório da Previdência Social, na qualidade de empregado, o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal. O Plenário, por maioria, rejeitou o incidente, entendendo que o dispositivo em questão não é incompatível com o art. 195, II, da Constituição Federal, porque o exercente de mandato eletivo federal, estadual e municipal também poderia ser considerado um trabalhador. Na ocasião, houve manifestação no sentido de que se tratava de uma questão de interpretação, lendo-se “como empregado” não aqueles que preenchessem os requisitos do artigo 3º da CLT, mas como se empregados fossem, os exercentes de mandato eletivo. Ademais, a Constituição Federal não falava em *empregado*, mas

¹⁸² Argüição de Inconstitucionalidade na REO n. 1998.04.01.080564-6, julgado em 30/08/00, publicado no DJU, Seção 2, de 04/10/00, p. 590/591.

sim, em *trabalhador*.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 351.717-1¹⁸³, decidiu pela inconstitucionalidade da Lei n. 9.506/97, na parte que acrescentava a alínea *h* no inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91. Entendeu-se que tal previsão implicava na criação de novo segurado obrigatório da previdência social (e, conseqüentemente, nova fonte de custeio e nova contribuição social), porquanto não estariam os agentes políticos abrangidos pela expressão “trabalhadores” do art. 195, II, da Constituição Federal, numa interpretação sistemática com o art. 7º da Carta Magna.

6. Argüição de Inconstitucionalidade no AI n. 2000.04.01.092228-3¹⁸⁴

Este incidente apresenta, em matéria tributária, aumento de prazo para constituição do crédito tributário. Julgou-se pela inconstitucionalidade do art. 45, *caput*, da Lei 8.212/91, que prevê o prazo de 10 anos para que a Seguridade Social apure e constitua seus créditos, por invasão de espaço de lei complementar (art. 146, III, *b*, da Constituição Federal). Entendeu-se que, considerando a natureza tributária das contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, também deveriam estas respeitar a exigência de lei complementar no que tange aos prazos de decadência e prescrição. Dever-se-ia observar, portanto, o prazo estabelecido no CTN, art. 173, por ser este lei complementar, assim recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

As Turmas vinham decidindo sem argüir o incidente de inconstitucionalidade, como se vê na Apelação Cível n. 95.04.49221-5, a qual restou assim ementada:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL - INÍCIO DE SUA CONTAGEM. I. É de 5 anos o prazo decadencial para constituição do crédito tributário relativo a contribuições previdenciárias, que se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador, mesmo quando se trata de pagamento que deve ser antecipado pelo sujeito passivo. CTN, art. 173, I. Súmula 219 do

¹⁸³ Julgado em 08 de outubro de 2003, Informativo n. 324 do STF (de 06 a 10 de outubro de 2003).

¹⁸⁴ Argüição de Inconstitucionalidade no AI n. 2000.04.01.092228-3, julgado em 22/08/01, publicado no DJU, Seção 2, de 05/09/01, p. 509/511.

antigo TFR. 2. Estão atingidos pela decadência, portanto, os créditos fiscais cujo fato gerador ocorreu mais de 5 anos antes de sua constituição. 3. Apelação e remessa oficial não providas.

7. Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 1999.72.05.008186-1¹⁸⁵

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade do art. 100, I, a, do Decreto n. 87.918/82 e do art. 174, I, a, do Decreto n. 2.637/98. Em preliminar, a Corte Especial, por maioria, não conheceu do incidente no que tange ao Decreto n. 87.918/82, consoante posição do STF pela não-recepção dos textos anteriores à Constituição Federal:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CREDITAMENTO. SAÍDA DO PRODUTO COM ALÍQUOTA ZERO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

1. A Constituição atual não recepcionou a Lei nº 4.502/64, e a Lei nº 7.789/89 não reproduziu o texto incompatível com a Lei Maior, limitando-se, em seu art. 12, a remeter ao regulamento uma norma de índole notoriamente primária. Em decorrência, o Decreto nº 2.637/98, no tópico da inconstitucionalidade enfocada (art. 174, I, alínea a), passou a constituir regulamento autônomo, como tal sujeito ao crivo de inconstitucionalidade veiculado por este incidente. Matéria preliminar rejeitada.

Como o Decreto nº 87.981/82 é anterior à Constituição Federal vigente, não se trata na espécie de inconstitucionalidade, caracterizando hipótese de recepção. Incidente conhecido parcialmente, para restringir o exame da inconstitucionalidade ao art. 174, I, alínea a do Decreto nº 2.637/98. Matéria preliminar acolhida à unanimidade.

No mérito, a Corte Especial, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 174, I, a, do Decreto n. 2.637/98, no sentido de que

inexistindo em relação ao IPI as vedações constitucionais da manutenção do crédito, prevalece a não-cumulatividade, de que decorre o direito de creditar-se o contribuinte do *quantum* do imposto incidente nas operações anteriores, sendo irrelevante a existência de isenções, quer em relação às imunidades, quer em relação às isenções, quer – e ainda com maior razão – em face de operações beneficiadas com alíquota-zero.

¹⁸⁵ Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 1999.72.05.008186-1, julgado em 24/10/01, publicado no DJU, Seção 2, de 14/11/01.

A questão ainda não está pacificada no Supremo Tribunal Federal, tendo o Ministro Marco Aurélio, Relator do RE 353.657 (em que se discute o alcance do princípio da não-cumulatividade), votado no sentido de que

admitir o creditamento implicaria ofensa ao inciso II do §3º do art. 153 da CF. Asseverou que a não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, tributo devido e recolhido anteriormente e que, na hipótese de não-tributação ou de alíquota zero, não existiria sequer parâmetro normativo para se definir a quantia a ser compensada. Ressaltou que tomar de empréstimo a alíquota final relativa a operação diversa resultaria em criação normativa do Judiciário, incompatível com sua competência constitucional. Ponderou que a admissão desse creditamento ocasionaria inversão de valores com alteração das relações jurídicas tributárias, tendo em conta a natureza seletiva do tributo em questão, visto que o produto final mais supérfluo proporcionaria uma compensação maior, sendo este ônus indevidamente suportado pelo Estado. Sustentou que a admissão da tese de diferimento de tributo importaria em extensão de benefício a operação diversa daquela a que o mesmo está vinculado e, ainda, em sobreposição incompatível com a ordem natural das coisas, já que haveria creditamento e transferência da totalidade do ônus representado pelo tributo para o adquirente do produto industrializado, contribuinte de fato, sem se abater, nessa operação, o "pseudocrédito" do contribuinte de direito.¹⁸⁶

8. Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 1999.70.05.003502-0¹⁸⁷

Cuida-se de argüição de inconstitucionalidade do art. 22, IV, da Lei n. 8.212/91, inserido pela Lei n. 9.876/99, o qual estabelece que “a contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (...) IV – quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.” O vício estaria na afronta ao que dispõe o art. 195, § 4º, por se tratar de matéria reservada a lei complementar, uma vez que a contribuição social em questão não se enquadra na alínea a do inciso I do art. 195, configurando nova contribuição.

¹⁸⁶ Informativo n. 361 do STF. O julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 353657 foi suspenso na data de 23/03/2006, em face do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski. Na mesma situação, tratando de matéria idêntica, encontra-se o Recurso Extraordinário n. 370682/DF, Relator Min. Ilmar Galvão.

¹⁸⁷ Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 1999.70.05.003502-0, julgado em 28/11/01, publicado no DJU, Seção 2, de 23/01/02, p. 177/178.

O incidente foi rejeitado por entender-se que

A inovação legislativa em questão não constitui inovação tributária, independentemente, pois, de viabilização por lei complementar. Interpretação concertada do art. 195, I, a, da Constituição Federal, com a disposição atacada que conduz ao reconhecimento de sua compatibilidade. Pagamentos, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviços – a empresa – abrange constitucionalmente o “valor bruto da nota fiscal ou fatura” de serviços que são prestados pelo cooperado à empresa, por meio de cooperativas de trabalho.

Rejeitando o incidente, o Des. Wolkmer de Castilho observou, quanto aos fundamentos da decisão a respeito da constitucionalidade de uma lei, que

o próprio Supremo Tribunal Federal, como bem lembrado da tribuna, enfrentou a questão em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, e sabe-se que, no controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal, quando enfrenta as arguições relativas a um tipo normativo, enfrenta não só aqueles fundamentos que foram argüidos, mas todo e qualquer defeito que possa existir na norma ou na lei em questão. Isso é da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal e que temos adotado aqui em decisões reiteradas, de modo que, se ele não viu a inconstitucionalidade que agora se argúi, cuja decisão, além do mais, tem efeitos vinculantes para os demais órgãos judiciários, também não posso enxergar aqui o defeito que o eminente Relator, com a devida vênua, apontou.

9. Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 1998.04.01.023654-8¹⁸⁸

É caso de argüição de inconstitucionalidade do art. 120 da Lei n. 8.213/91, cuja redação é a seguinte: “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.”

A Corte Especial rejeitou o incidente, entendendo não haver contrariedade ao art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer

¹⁸⁸ Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 1998.04.01.023654-8, julgado em 23/10/02, publicado no DJU, Seção 2, de 13/11/02, p. 806/808.

em dolo ou culpa;”

Nas Turmas, não se havia cogitado da inconstitucionalidade em julgamentos anteriores, tendo sido argüida por maioria na Turma de origem.

No voto condutor do julgamento, o Des. Federal Wolkmer de Castilho, dando ao dispositivo questionado interpretação conforme a constituição, exarou que:

A Constituição não diz que essa indenização é ao empregado. A Constituição diz que o empregador fica responsável por uma indenização se ele der causa ao acidente por culpa ou dolo. O direito dos trabalhadores urbanos e rurais é o seguro contra acidente de trabalho; foi isso que se garantiu na Constituição.

Se essa leitura é compatível do jeito que estou a propor, não há divergência entre o art. 120 da Lei nº 8.213 e este inciso, porque, quando o art. 120 diz que a Previdência vai propor ação de regresso, é justamente para se ressarcir daquilo que pagou por responsabilidade objetiva ao empregado, tendo o empregador tido culpa ou dolo.

(....) De modo que, se isso é verdadeiro, o ressarcimento ou a indenização, conforme o termo da Constituição, se é devido, é devido à Previdência Social, que atendeu o direito, garantido pela Constituição, ao empregado.

10. Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 2000.72.05.002704-4¹⁸⁹

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade do art. 4º da MP n. 1.984-17, de 04/05/2000, na parte em que acrescentou o art. 1-B à Lei n. 9.494/97, o qual prevê o prazo de 30 dias para a Fazenda Pública embargar as execuções em que figure como devedora. A Corte Especial, por maioria, rejeitou o incidente, ressaltando a impossibilidade de o órgão fracionário exercer o controle de constitucionalidade e que o *parágrafo único* do art. 481 do CPC, ao limitar as hipóteses de argüição de inconstitucionalidade pelo plenário dos tribunais aos casos em que não tenha o STF se pronunciado quanto à questão idêntica, referiu-se às decisões no âmbito do controle difuso¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 2000.72.05.002704-4, julgado em 28/08/02, publicado no DJU, Seção 2, de 18/09/02, p. 304/308.

¹⁹⁰ O Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, Relator, modificou posicionamento anteriormente manifestado na Turma, em que houve por despicienda a manifestação plenária, tendo em vista que a matéria já encontrava precedentes no STF, embora não houvesse pronunciamento específico sobre o dispositivo enfocado.

O Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon modificou posicionamento anteriormente manifestado na Turma, em que houve por despicienda a manifestação plenária, tendo em vista que a matéria já encontrava precedentes no STF, embora não houvesse pronunciamento específico sobre o dispositivo enfocado. Nas suas palavras:

quando suscitada a questão de ordem que deu origem a este incidente, sobreveio-me a preocupação quanto à ausência de um precedente referente especificamente à Medida Provisória 2180-35, embora ainda me pareça bastante o julgamento da ADIN 1.753-2-DF, dada a identidade de fatos e argumentos. É que o art. 481, Parágrafo único, do Código de Processo Civil, na sadia política de evitarem-se incidentes desnecessários, dispensa a consulta ao Plenário “*quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*”. O problema está em dimensionar o alcance semântico de “questão”. Tendo em vista, porém, que o controle concentrado de constitucionalidade é feito especificamente em relação a cada dispositivo de lei, tenho que a melhor solução estaria em restringir o entendimento do termo *questão* também ao texto de lei enfrentado; não, à matéria discutida. Daí porque reformulei o posicionamento anterior, votando pela necessidade do incidente.

Quanto ao controle de constitucionalidade das medidas provisórias, ressaltou-se na ementa¹⁹¹ que

o STF limitou ao Judiciário a intervenção no poder de editar medidas provisórias em hipóteses extremadas de ausência de razoabilidade. O precedente da Corte Suprema deixou claro que a decisão política de criar a regra é do Executivo, o poder de aferir a conveniência da mesma é do Legislativo, ao votar a conversão da medida provisória, e o controle do abuso na utilização do poder institucional atribuído ao Executivo pertence ao Judiciário. Isso evidencia que o poder jurisdicional não deve examinar se existe relevância ou urgência, mas sim ater-se à análise da abusiva superação dos limites impostos por tais requisitos para se editar uma medida provisória. Fora desse âmbito de atuação estará invadindo poder que a ordem constitucional não lhe atribui.

(...) 10. A medida que importou a modificação legislativa não caracteriza um abuso de poder diante do sistema legislativo, apenas deu para a Fazenda Pública o prazo de 30 dias para embargar a execução em que figura como devedora, da mesma forma que se submete quando é credora. E, por outro lado, é a maneira que o Poder Executivo encontrou para viabilizar a defesa indispensável dos interesses da população que, em última análise, é quem paga as execuções movidas contra o Estado.

¹⁹¹ Da lavra do Des. Federal Fábio Bittencourt da Rosa.

11. Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 1998.04.01.020236-8¹⁹²

Aqui o incidente de inconstitucionalidade é relativo ao art. 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, que trata de multa moratória decorrente do inadimplemento de contribuições sociais arrecadadas pelo INSS, quanto à expressão “para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997”. A Corte Especial, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo por invasão da competência reservada à lei complementar – art. 146, III, *b*, da Constituição Federal. Ademais, o art. 106 do CTN fixa os princípios, as diretrizes, os critérios de aplicação de penalidade mais benigna, e, portanto, é “norma geral de direito tributário”, critério básico a ser aplicado uniformemente, garantia mínima do contribuinte, que não pode ser alterada por mera lei ordinária.

As Turmas vinham decidindo sem argüir o incidente de inconstitucionalidade do dispositivo em questão, como se vê no julgamento da Apelação Cível n. 1998.04.01.065428-0, cuja ementa é a seguinte:

APELAÇÃO. MULTA. REDUÇÃO. LEI MAIS BENIGNA. JUROS MORATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DURANTE A INSTRUÇÃO DO FEITO. ARGÜIÇÃO NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA SÚPLICA.

1. A Lei nº 9.528/97, dando nova redação artigo 35, da Lei 8.212/91, estabeleceu no artigo 35, inciso III, alínea “c”, o percentual de 40%, para a hipótese em que se enquadra a embargante. Houve atenuação da penalidade, fazendo incidir esse benefício aos fatos não definitivamente julgados, assim entendidos inclusive na esfera do Poder Judiciário, a teor do artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional.

2. Não é possível o conhecimento das razões recursais relativamente a impugnação dos juros moratórios porque não foram objeto de argüição na inicial, não sendo por isso decidido na sentença recorrida.¹⁹³

Houve, *a posteriori*, confirmação do entendimento deste Regional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso. Veja-se a ementa do Recurso Extraordinário n. 407.190/RS:

¹⁹² Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 1998.04.01.020236-8, julgado em 28/11/01, publicado no DJU, Seção 2, de 23/11/02, p. 178/180.

¹⁹³ Relator Des. Federal Márcio Antônio Rocha, julgado em 15/06/2000, publicado no DJU, Seção 2, de 17/01/2001, p. 139.

TRIBUTO - REGÊNCIA - ARTIGO 146, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NATUREZA. O princípio revelado no inciso III do artigo 146 da Constituição Federal há de ser considerado em face da natureza exemplificativa do texto, na referência a certas matérias. MULTA - TRIBUTO - DISCIPLINA. Cumpre à legislação complementar dispor sobre os parâmetros da aplicação da multa, tal como ocorre no artigo 106 do Código Tributário Nacional. MULTA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - RESTRIÇÃO TEMPORAL - ARTIGO 35 DA LEI Nº 8.212/91. Conflita com a Carta da República -artigo 146, inciso III - a expressão “para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1977”, constante do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação decorrente da Lei nº 9.528/97, ante o envolvimento de matéria cuja disciplina é reservada à lei complementar.¹⁹⁴

12. Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 1999.04.01.091492-0¹⁹⁵

Observa-se argüição de inconstitucionalidade do art. 14, *parágrafo único*, da Lei n. 8.095/90, o qual proíbe a transferência da quota-parte da pensão especial aos demais dependentes do ex-combatente, quando uma delas se tiver extinguido. O incidente foi argüido, por maioria, em face da suposta violação ao art. 53, III, do ADCT.

As Turmas vinham decidindo até então sem argüição. O Desembargador Federal Teori Albino Zavascki, na Turma, ficou vencido, afastando o incidente de inconstitucionalidade nos seguintes termos:

A Lei nº 8.059, de 1990, disciplinou, nos limites da Constituição, o pagamento de pensão ao ex-combatente, bem como sua reversão proporcional ao dependente em caso de morte. A possibilidade de transferência de quota-parte não estava constitucionalmente garantida, nada impedia, portanto, a restrição contida no parágrafo único do art. 14. É de se observar que tal regra não prejudica o *status* remuneratório familiar, pois se os proventos suportavam a manutenção, v.g., de duas ou mais pessoas, evidentemente que a situação fática já estava a exigir uma certa divisão em cotas-partes que, com a perda da qualidade de dependente, não é mais despendida para aquele beneficiário.

A Corte Especial, por maioria, acolheu o incidente para declarar a

¹⁹⁴ Relator Ministro Marco Aurélio, DJU de 13/05/2005.

¹⁹⁵ Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 1999.04.01.091492-0, julgado em 23/10/02, publicado no DJU, Seção 2, de 15/01/03, p. 966/969.

inconstitucionalidade do art. 14, *parágrafo único*, da Lei n. 8.059/90, entendendo ferido o princípio da isonomia, no sentido de que:

1. Tendo o art. 53 do ADCT equiparado a pensão deixada pelo ex-combatente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, obrigando, sempre que houvesse divisão entre dependentes, que o total representasse o mesmo valor da pensão integral devida aos dependentes de segundo-tenente, não poderia a Lei nº 8.059/90, art. 14, *parágrafo único*, obstar a transferência de cota-parte do filho para a mãe, de forma que a única dependente, viúva do ex-combatente, continue a receber apenas a metade do valor correspondente à pensão integral.

2. Incompreensível, ademais, que uma viúva que não tenha filhos venha a perceber a pensão integral, enquanto outra, por ter dividido a pensão com o filho, continue, com a maioria deste, a perceber apenas a metade do valor integral da pensão. Caracterizada a violação ao princípio isonômico, porque o critério eleito em lei para constituir o fator de discrimen – ter filhos – não se justifica.

13. Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 2001.71.07.003181-0¹⁹⁶

É o caso de argüição de inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei n. 8.036/90, introduzido pela MP n. 2.164-40, de 27/07/01, posteriormente ratificada pela MP n. 2.164-41, de 24/08/01. A Corte Especial, por maioria, rejeitou o incidente, entendendo que:

não viola os artigos 5º, XXXV e LIV, e 133 da CF, a determinação de que nas ações entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos, não haverá a condenação em honorários advocatícios (art. 29-C da lei n. 8.036/90)

Neste incidente, a Corte Especial se deparou com a questão da constitucionalização da medida provisória, com a Emenda Constitucional n. 32. O Desembargador Federal Wolkmer de Castilho, no voto-condutor da decisão, assim se manifestou:

Então, a idéia primeira que me ocorre é a de que esta Emenda Constitucional n. 32 constitucionalizou a Medida Provisória n. 2.164, nesta versão 41, porque ela disse: “As medidas provisórias editadas em data anterior à Emenda Constitucional continuam em vigor.”

¹⁹⁶ Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 2001.71.07.003181-0, julgado em 27/11/02, publicado no DJU, Seção 2, de 15/01/03, p. 961/966.

Quero tirar daí a ilação, que me parece lógica, de que, se ela está em vigor, está constitucionalizada. Ou bem a Constituição aceitou o texto da Medida Provisória n. 2.164, porque, se não a tivesse aceitado, teria revogado. E aí também não seria caso de se examinar a constitucionalidade. Portanto, quando a Emenda Constitucional n. 32, no seu art. 2º, diz que continuam em vigor as medidas, ou elas estão recebidas ou estão revogadas, e não haveria espaço para discutir a constitucionalidade, já que a própria Constituição constitucionalizou.

14. Argüição de Inconstitucionalidade no AI n. 2002.04.01.003025-3¹⁹⁷

Em sede de agravo de instrumento, julgou-se prejudicada a argüição de inconstitucionalidade, tendo em vista que a matéria já havia sido analisada pela Corte Especial (art. 481, *parágrafo único*, do CPC).

O Des. Federal Fábio Bittencourt da Rosa, prolator do voto condutor, lavrou o acórdão nos seguintes termos:

1. A questão suscitada nesta argüição de inconstitucionalidade já foi enfrentada por este colegiado por ocasião do julgamento da AIAC nº 2001.71.07.003181-0/RS, j. 27.11.02.
2. Impõe-se a salvaguarda do princípio da reserva do plenário, de modo a preservar a autoridade das decisões emanadas desta Corte Especial, porque no momento em que se julga um incidente, todas as demais questões presumem-se examinadas, porque *jura novit curia*.

15. Argüição de Inconstitucionalidade na AR n. 2000.04.01.099687-4¹⁹⁸

Esta argüição de inconstitucionalidade é relativa à contribuição previdenciária dos inativos, contida no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.630/98, por ferir o disposto nos artigos 195, § 5º, e 154, I, da Constituição Federal.

Importante ressaltar que, mesmo em sede de rescisória ou decisão em Turmas, vinha sendo apontado o comando do texto impugnado, sem a devida argüição do incidente. Quando argüido, foi o mesmo não conhecido, tendo em vista que, conforme salientado na ocasião do julgamento, quando a Lei nº 9.630/98 veio a

¹⁹⁷ Argüição de Inconstitucionalidade no AI n. 2002.04.01.003025-3, julgado em 27/11/02, publicado no DJU, Seção 2, de 12/03/03, p. 578/579.

isentar os servidores inativos do pagamento das contribuições para a Seguridade Social, inclusive das parcelas que deixaram de ser recolhidas na época própria, dispôs sobre cobrança que não tinha base legal. Assim, a não-reedição da medida provisória acarretou a perda da vigência de todas as anteriores, interrompendo a continuidade da produção de seus efeitos.

Aqui, verifica-se da análise, apenas um conflito de textos no tempo, o que levou a Corte Especial a não conhecer do incidente.

16. Arguição de Inconstitucionalidade no AI n. 2002.04.01.018302-1¹⁹⁹

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade do art. 1º-D da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela MP n. 2.180/35, de 24/08/2001, o qual prevê que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”. Incidente cujo fundamento foi a inexistência de relevância e urgência para a edição da medida provisória (art. 62 da Constituição Federal). A Corte Especial, por maioria, julgou procedente o incidente.

Aqui, verifica-se posição já assinada pelo STF, em controle concentrado, pois se trata de matéria processual, onde o requisito urgência é, no mínimo, controvertido.²⁰⁰

¹⁹⁸ Arguição de Inconstitucionalidade na AR n. 2000.04.01.099687-4, julgado em 26/02/03, publicado no DJU, Seção 2, de 12/03/03, p. 578/579.

¹⁹⁹ Arguição de Inconstitucionalidade no AI n. 2002.04.01.018302-1, julgado em 22/05/03, publicado no DJU, Seção 2, de 04/06/03, p. 402/404.

²⁰⁰ Trata-se da decisão proferida na Medida Cautelar na ADIn n. 1.753-2, a qual restou assim ementada: “EMENTA: Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa. 2. A igualdade das partes é imanente ao **procedural due process of law**; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a

As Turmas tangenciavam a questão constitucional antes do incidente sem o argüir, como se vê nas seguintes ementas:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. MP Nº 2.180-35. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. EC Nº 32/2001 E DIREITO ADQUIRIDO. 1. O entendimento dessa Turma é de que são cabíveis honorários advocatícios nas execuções por título judicial embargadas ou não, ainda que a executada seja a Fazenda Pública. No entanto, tal entendimento abrange as execuções cujo início ocorreu anteriormente à edição da MP nº 2.180-35. 2. O art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, introduzido pela MP nº 2.180-35, regula o direito material da parte, não possuindo natureza processual, e sim material, razão pela qual não se aplica aos processos pendentes, só àqueles iniciados posteriormente à data em que foi adotada a referida MP. 3. A EC 32/01 previu expressamente, em seu art. 2º, sua não-aplicação retroativa, com o que permanecem válidas as medidas provisórias anteriormente editadas. Tal disposição é garantidora da segurança jurídica, já que expressada em respeito ao direito adquirido. 4. A EC 32/01 em nada afeta a validade da anterior MP nº 2.180-35, de 24/08/01, permanecendo em vigor e plenamente aplicável a impossibilidade de fixar verba honorária contra a Fazenda Pública em processo executivo.²⁰¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS. MEDIDA PROVISÓRIA. - As normas que disciplinam os honorários advocatícios, por sua natureza processual, se aplicam aos processos em curso. - Se a Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que alterou a redação da Lei nº 9.494/97 é anterior ao ajuizamento da execução, deve prevalecer o entendimento no sentido de que não são devidos os honorários advocatícios nas execuções não embargadas. - Agravo improvido.²⁰²

17. Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2001.70.09.000865-6²⁰³

Nesta arguição de inconstitucionalidade do art. 5º, § 5º, da Lei n. 9.317/96, o qual veda a apropriação de créditos de IPI às empresas optantes pelo SIMPLES, suscitou-se o incidente sob o argumento de que tal proibição viola o princípio da

satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público.” (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/04/1998, publicado no DJU de 12/06/1998).

²⁰¹ Agravo de Instrumento n. 2002.04.01.010496-0, Relator Des. Federal Néfi Cordeiro, julgado em 17/09/2002, publicado no DJU, Seção 2, de 16/10/2002, p. 813.

²⁰² Agravo de Instrumento n. 2002.04.01.005579-1, Relatora Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, julgado em 04/06/2002, publicado no DJU, Seção 2, de 10/07/2002, p. 374.

não-cumulatividade, previsto no art. 153, § 3º, II, da Constituição Federal.

A Corte Especial, por maioria, rejeitou o incidente, entendendo, conforme o voto-condutor do Des. Federal Wolkmer de Castilhos, que

o optante pelo SIMPLES escolheu de livre e espontânea vontade o regime que reúne uma tributação de vários impostos e contribuições em um só recolhimento sobre a sua receita bruta, ao qual, por ficção, a lei mandou acrescentar 0,5% se os produtos comercializados ou produzidos por ele estivessem sujeitos ao IPI. Por consequência, tanto não há crédito de IPI, como não é possível destacar-se o IPI para creditar-se, sendo manifesto o equívoco, no pressuposto de fato da pretensão ora deduzida.

Neste incidente, cumpre destacar, ainda, entendimento constante do voto-condutor, no sentido de que a análise da inconstitucionalidade deve-se limitar às questões levantadas no caso concreto:

No caso ora em exame é de se afastar o precedente do Supremo Tribunal Federal, pois aqui se está discutindo a causa a título de afronta ao princípio da não-cumulatividade, e não o princípio da isonomia. Se se abrisse a questão para discutir também a da isonomia, estar-se-ia abrindo uma discussão em tese, ou seja, estar-se-ia a invadir jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Do contrário, ficar limitado ao caso concreto e, este foi trazido à discussão como se tivesse havido afronta ao princípio da não-cumulatividade.

O tratamento dado pelo relator leva a concluir pela fundamentação de controle concentrado, porque o caso não implica em vínculo ao princípio da não-cumulatividade.

18. Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n. 1999.70.00.032180-0²⁰⁴

Este incidente de arguição de inconstitucionalidade é relativo ao § 5º do art. 16 da Medida Provisória n. 1.915-01, de 29/07/1999, posteriormente ratificada pela Medida Provisória n. 2.175-29, de 24/08/2001, e do § 5º do art. 15 da Medida Provisória n. 46, de 25/06/2002, os quais vedam a extensão da Gratificação de

²⁰³ Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2001.70.09.000865-6, julgado em 26/02/03, publicado no DJU, Seção 2, de 26/03/03, p. 556/559.

Desempenho de Atividade Tributária – GDAT – às aposentadorias e pensões concedidas até 30 de julho de 1999, a servidores da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, por “ferirem os princípios constitucionais do direito adquirido, da isonomia de proventos e vencimentos e, ainda, o da irredutibilidade de vencimentos, na medida em que discriminou os inativos ao suprimir parcelas incorporadas, há mais de 10 anos, ao patrimônio jurídico dos servidores aposentados”.

Verificou-se, também, flagrante vínculo ao art. 40, § 8º, da Constituição Federal, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, conforme voto no sentido de que os dispositivos impugnados, ao excluir os servidores inativos, tiveram o condão de suprimir, indiretamente, a paridade estabelecida na referida norma constitucional, a qual determina que serão “estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei”.

As Turmas vinham decidindo, sem argüir o incidente de inconstitucionalidade, como se vê no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança n. 2000.72.00.000533-8:

SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TRIBUTÁRIA – GDAT. MP Nº 1.915-1/99, ART. 16. APOSENTADOS E PENSIONISTAS. EXTENSÃO. ART. 40, § 8º, CF. Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária - GDAT é um estímulo deferido de forma geral, pelo simples desempenho da atividade de fiscalização, característica dos cargos de Auditores-Fiscais, devendo, nos moldes do contido no art. 40, § 8º, da Constituição Federal, ser estendida aos servidores aposentados e aos pensionistas, independentemente da data da concessão dos benefícios.

²⁰⁴ Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 1999.70.00.032180-0, julgado em 28/08/03, publicado no DJU, Seção 2, de 17/09/03, p. 606/608.

19. Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2000.70.00.009090-8²⁰⁵

Em sede de apelação em mandado de segurança, apresentou-se argüição de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei n. 8.212/91, acrescentado pela Lei n. 9.876/99, o qual dispõe que a contribuição a cargo da empresa “é de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços, relativamente a serviços que lhes são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho”.

A Corte Especial, por maioria, rejeitou o incidente sob o fundamento de que o inciso IV do art. 22 da Lei n. 8.212/91, acrescentado pela Lei n. 9.876/99,

não constitui inovação tributária, independentemente, pois, de viabilização por lei complementar. Interpretação concertada do art. 195, I, ‘a’, da Constituição Federal, com a disposição atacada que conduz ao reconhecimento de sua compatibilidade. Pagamentos, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviços – a empresa – abrange constitucionalmente o “valor bruto da nota fiscal ou fatura” de serviços que são prestados pelo cooperado à empresa, por meio de cooperativas de trabalho.

As Turmas vinham decidindo sem suscitar o incidente perante a Corte Especial, como se vê no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2000.04.01.077862-7:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVISTA NA LEI Nº 9.876, DE 1999.
O Serviço prestado por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho não desborda da autorização de tributar-se os rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício prevista no artigo 195 da Constituição Federal de 1988, razão pela qual é constitucional a aplicação do inciso IV no art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação da Lei nº 9.786, de 1999.

A matéria é objeto da ADI n. 2.594, Relator Min. Cezar Peluso, estando pendente de apreciação. O Plenário do STF referendou medida liminar para concessão de efeito suspensivo a recursos extraordinários em que se discutia a

²⁰⁵ Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2000.70.00.009090-8, julgado em 28/08/03, publicado no DJU, Seção 2, de 17/09/03, p. 606/608.

constitucionalidade da Lei 9.876/99 no que altera o art. 22, IV, da Lei 8.212/91 (ACMC n. 805-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 21/09/2005, publicado em 17/02/2006; QOAC n. 993-6, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 14 /03/2006, publicado em 12/05/2006).

20. Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2001.71.00.006159-9²⁰⁶

O presente incidente de argüição de inconstitucionalidade é referente ao art. 11 da Medida Provisória n. 2.190-34/2001, ao determinar que se apliquem às distribuidoras de medicamentos o § 1º do art. 15 da Lei n. 5.991/1973, o qual dispõe que será obrigatória a presença de farmacêutico durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento. Sustentou-se que a norma em questão teria violado o art. 170 da Constituição Federal, por não respeitar o princípio da livre iniciativa.

A Corte Especial, por maioria, acolheu o incidente de argüição para, sem redução de texto, declarar a inconstitucionalidade do art. 11 da Medida Provisória n. 2.190-34/2001, no que concerne à remissão ao § 1º do artigo 15 da Lei n. 5.991/73. A decisão da Corte Especial levou em conta o princípio da razoabilidade, constando da ementa que:

Não é razoável se exigir formação em nível de graduação superior para simples atividades de conferência de embalagens e prazos de validade de produtos, que são as atividades diárias nas distribuidoras. As distribuidoras de medicamentos não lidam diretamente com a matéria-prima dos medicamentos, realizando trabalho intermediário, abastecendo drogarias.

21. Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 96.04.59407-9²⁰⁷

Neste incidente a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 14 da lei n. 4.502/64, com a redação que lhe foi dada pelo art. 15 da Lei n. 7.798/89, sob o fundamento de que tal dispositivo,

²⁰⁶ Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2001.71.00.006159-9, julgado em 28/08/03, publicado no DJU, Seção 2, de 01/10/03, p. 338/342.

²⁰⁷ Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 96.04.59407-9, julgado em 27/11/03, publicado no DJU, Seção 2, de 03/12/03, p. 593/594.

ao estipular que os descontos, diferenças ou abatimentos concedidos a qualquer título, ainda que incondicionais, não podem ser deduzidos do valor da operação para fins de fixação de base de cálculo do IPI, colidiu com a disposição expressa no inciso II, alínea “a”, do art. 47 do CTN, operando vício de constitucionalidade, porque a referida lei ordinária invadiu competência constitucionalmente reservada à lei complementar (art. 146, III, “a”).

Este é mais um caso em que a Turma decidiu acerca da constitucionalidade de um dispositivo legal sem arguir o incidente. Em sede de agravo de instrumento contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal cassou o acórdão recorrido e determinou que outro fosse proferido, com observância do disposto no art. 97 da Constituição Federal.

22. Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 97.04.29527-8²⁰⁸

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do art. 9º do Decreto-Lei n. 1.893/81, em face da Constituição Federal de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 01/69.

Neste caso, a Turma declarou a inconstitucionalidade com base em entendimento já solidificado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. Em sede de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal anulou o acórdão da Turma, determinando que o acolhimento da alegação de inconstitucionalidade do art. 9º do Decreto-Lei n. 1.893/81 fosse submetido ao Pleno desse Tribunal Regional, nos termos do art. 481 do CPC.

Levada, pois, a questão à Corte Especial, observando-se o que estabelece o art. 97 da Constituição Federal, declarou-se a inconstitucionalidade da norma viciada, nos termos da respectiva ementa:

1. Na vigência da Constituição anterior era permitido ao Presidente da República editar decretos-lei instituindo multas com caráter tributário (art. 55, II), sendo competência do Congresso Nacional

²⁰⁸ Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 97.04.29527-8, julgado em 27/11/03, publicado no DJU, Seção 2, de 18/02/04, p. 470/471.

editar leis de Direito Comercial (art. 8º, XVII, b). 2. A Lei de Falências, em seu art. 23, parágrafo único, III, veda a reclamação, na falência, de penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas, dispositivo cuja interpretação deu origem às súmulas 192 e 265 do STF (Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa. – A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência). 3. Pretender aplicar o artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.893/1981, que estabelece que os créditos da Fazenda Nacional decorrentes de multas ou penalidades pecuniárias aplicadas, na forma da legislação pertinente, até a data da decretação da falência, constituem encargos da massa falida, nada mais é do que revogar as disposições da Lei de Falências (art. 23, § único, III), sem que o veículo legislativo seja o adequado. Precedente: Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 98.597/SP, extinto TFR, Rel. Ministro Carlos M. Velloso. 4. Inconstitucionalidade formal do artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.893/1981 frente à Constituição Federal anterior.

23. Arguição de Inconstitucionalidade na ACO n. 2003.04.01.037209-0²⁰⁹

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do CPP, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.628/02. Tal dispositivo estendeu para as ações de improbidade a competência por prerrogativa de função, prevista para os crimes cometidos em razão da função pública. A Corte Especial, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do CPP, entre outros, sob o argumento de que a Constituição Federal não prevê o foro por prerrogativa de função para o processamento e julgamento das ações de improbidade, não podendo a lei ordinária ampliar tais prerrogativas, por “constituírem verdadeiras exceções ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).”²¹⁰

O Supremo Tribunal Federal, em 15/09/2005, ao concluir o julgamento das ADIs ns. 2.797 e 2.860, declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do CPP (bem como do § 1º), concluindo-se que tal regra “resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal”. Ressaltou-se, ainda, que “a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF jamais

²⁰⁹ Arguição de Inconstitucionalidade na ACO n. 2003.04.01.037209-0, julgado em 25/03/04, publicado no DJU, Seção 2, de 22/04/04, p. 333/336.

²¹⁰ Fundamentos da decisão constantes da ementa do incidente, da lavra do Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria.”²¹¹

24. Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 96.04.28893-8²¹²

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 3º do art. 14 da Lei n. 4.502/64 , com a redação dada pelo art. 15 da Lei n. 7.798/89, tendo em vista que tal dispositivo,

ao estipular que o valor do frete constitui parte do *preço da operação de que decorrer a saída do estabelecimento produtor* (art. 47, II do CTN), colidiu com a disposição expressa no inciso II, alínea “a”, do CTN (o qual define a base de cálculo do tributo), operando vício de constitucionalidade, porque a referida lei ordinária invadiu competência constitucionalmente reservada à lei complementar (art. 146, III, “a”).

Neste incidente, em decisão de recurso extraordinário, o STF, cassando o acórdão, determinou a observância do art. 97 da Constituição Federal.

Aqui,²¹³ importante ressaltar a posição do STF em determinar o processamento do incidente relativo a texto anterior à Constituição Federal de 1988.

No julgamento deste incidente, foi ressaltado ponto de vista acerca da possibilidade de análise do vício de inconstitucionalidade do dispositivo questionado, que o art. 15 da Lei n. 7.798 tinha uma eiva de ilegalidade formal, mas não chegava às raias da inconstitucionalidade porque se podia fazer uma interpretação conforme, aplicando a lei complementar existente, como vinha fazendo, aliás, o Superior Tribunal de Justiça.

Dois problemas são observados pela decisão do STF. O primeiro: deve-se sempre argüir o incidente em órgão fracionário, mesmo de texto anterior à Constituição Federal, porque é matéria de inconstitucionalidade.

²¹¹ Informativo n. 401 do STF.

²¹² Argüição de Inconstitucionalidade na AC n. 96.04.28893-8, julgado em 24/06/04, publicado no DJU, Seção 2, de 11/08/04, p. 384.

²¹³ Bem como no incidente de número 22, já analisado.

O segundo: aqui as Turmas agregando uma interpretação infraconstitucional – porque havia um espaço distinto entre a lei ordinária e a lei complementar – não argüíam o incidente, apenas entendiam tratar-se de ilegalidade. É o que se vê do voto do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon nesta matéria:

Se a lei ordinária conflita com a lei complementar, esta última há de imperar, por força do princípio da hierarquia das leis. A respeito, preleciona SAHID MALUF (*in* Direito Constitucional, 8ª Edição, Sugestões Literárias, pág. 211), “*in verbis*”: “*Em primeiro lugar, as emendas, que se incorporam ao próprio texto da Constituição. A seguir, vêm as leis complementares, que predominam sobre as demais espécies.*” Em igual diapasão, a autoridade de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (*in* Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 17ª Edição, ág. 184), “*verbis*”: “*Continua válida a velha lição de Maximiliano, a de que se deve aplicar à norma atual a “interpretação aceita para a anterior”. É de se sustentar, portanto, que a “lei complementar” é um tertium genus interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta – a lei delegada) e a Constituição (e suas emendas). Tal é o entendimento de Pontes de Miranda nos seus “Comentários à Constituição de 1967.”*”²¹⁴

25. Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2002.72.05.002803-3²¹⁵

Trata-se de argüição de inconstitucionalidade do *caput* e dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 10.438/2002, que prevêm a criação de encargos com os quais a destinatária, Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica (CBEE), financia a contratação de capacidade emergencial e a aquisição de energia elétrica emergencial, por violação a princípios constitucionais tributários. A Corte Especial, por maioria, reconheceu a constitucionalidade dos encargos, por terem natureza jurídica de tarifa, e não de tributo, tendo em vista a sua não-compulsoriedade.

As Turmas vinham decidindo pela inconstitucionalidade, como se vê no seguinte trecho de ementa, na Apelação em Mandado de Segurança n 2002.72.05.002803-3:

1. O rateio, entre os consumidores fiscais de energia elétrica

²¹⁴ Apelação Cível n. 96.04.28893-8, julgado em 11/03/99, publicado no DJU de 28/04/99, p. 932/938.

²¹⁵ Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2002.72.05.002803-3, julgado em 26/08/04, publicado no DJU, Seção 2, de 08/09/04, p. 350/351.

atendidos pelo sistema Elétrico Nacional Interligado, dos custos de contratação de capacidade de geração e de aquisição de energia elétrica pela Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica (CBEE), denominados, na Resolução n.º 249/02 da ANEEL, respectivamente, de Encargo de Capacidade Emergencial (“seguro-apagão”) e de Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial, caracteriza-se como contribuição de intervenção no domínio econômico, cuja instituição violou o princípio da legalidade, pelo que são inconstitucionais as exigências do *caput* e §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 10.438/2002.

26. Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 2001.71.00.004856-0²¹⁶

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do art. 5º da MP n. 2.170-36, de 23/08/2001 (última edição da MP n. 1.963-17, de 31/03/2000), que previa a capitalização de juros mês a mês nos contratos de abertura de crédito rotativo em conta-corrente/cheque especial e nos contratos de renegociação. A Corte Especial, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, porquanto ausente o requisito “urgência” para edição de medida provisória e, especialmente, porque ao restringir a capitalização de juros questionada unicamente às instituições financeiras, estatua um preceito discriminatório.

As turmas já vinham decidindo sem arguir o incidente, afastando a capitalização, como se vê na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. COMERCIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO. AÇÃO REVISIONAL.
(...)
- Não é lícita, na espécie, a capitalização até mensal dos juros, ilicitude que se estende ao período posterior à edição da MP n. 1.963-17/00.

Pelo exame de casos concretos, vê-se claramente que o STF segue linha da manifesta necessidade de submissão ao Órgão Especial ou ao Plenário para o exercício do controle difuso mesmo em se tratando de texto anterior à nova ordem constitucional. E, nestes casos, determina o retorno dos autos ao tribunal de origem para que, cumprindo-se o mandamento constitucional, submeta a questão ao

²¹⁶ Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 2001.71.00.004856-0, julgado em 02/08/04, publicado no DJU, Seção 2, de 08/09/04, p. 350/351.

Plenário ou Órgão Especial, para que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou não do dispositivo questionado.

Isso vem ao encontro do entendimento que pugna pela manutenção de um controle difuso exercido pela “maioria dos membros dos Tribunais de 2º grau”, como bem declarava Rui Barbosa, ao fazer incluir o controle difuso de constitucionalidade em nossa ordem jurídica.

Não há, pois, em face das reiteradas decisões atuais do Supremo Tribunal Federal, como manter-se decisão de afastamento de regras legais, porque editadas antes da Constituição Federal; vê-se, pois, que o fator tempo não é *discriminem* para deixar de aplicar o princípio da reserva de plenário. A regra do art. 97 da Constituição Federal, que contém o princípio da reserva de Plenário, constitui-se em manutenção do controle difuso no âmbito dos Tribunais de Apelação e do STJ. Pensar de forma diversa é não admitir o STF como o último intérprete autorizado dos comandos constitucionais e com isto se está, inclusive, diminuindo a força do controle difuso que, em última *ratio*, é um dos pilares do Estado Democrático, permitindo-se o efetivo controle da constitucionalidade dos textos legais e normativos nas diversas instâncias do Poder Judiciário. Poder este que, em não ocupando tal espaço, pode estar deixando de exercê-lo.

6.2 A Utilização do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Feitas estas anotações, observa-se nitidamente um aumento, nos anos de 2004 e 2005, da utilização deste incidente, o que demonstra um crescimento da consciência de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais examinados, e mais, revela-se de suma importância os quatro casos paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça em que a questão constitucional foi tratada como prejudicial do exame de recurso especial, revelando-se no voto do Ministro Peçanha Martins.²¹⁷

Há, no entanto, que se constatar, em muitos casos, um tangenciamento desta

²¹⁷ “A inconstitucionalidade de norma legal não pode ser decretada como incidente do inquérito policial, antes da sessão designada para o recebimento da denúncia.” (Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado

questão como se vê do acórdão anteriormente citado (RESP 719252/SP).

Ressalta-se que tanto no STJ²¹⁸ quanto no TRF da 4ª Região,²¹⁹ o regimento interno regulamenta o incidente de argüição de inconstitucionalidade com atenção ao texto constitucional.

Assim, em que pese a regular definição em sede de texto regimental pelo exame das manifestações decisórias, encontra-se uma mínima utilização deste mecanismo.

Tal constatação leva ao convencimento de que necessária uma verdadeira revolução de postura, para que a posição substancialista do constitucionalismo atual vingue no sentido da utilização desta importante função do controle difuso, relevante, porque está em linha direta com a própria manutenção do Poder Judiciário como Poder de Estado, onde a presença de horizontalidade da carga de poder, ao lado da verticalidade, é fundamento da independência harmônica dos Poderes do Estado.

de Segurança n. 1995/0039187-2, Relator Min. Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 28/11/2002, publicado do DJU de 04/08/2003, p. 203.)

²¹⁸ Art. 199. Se, por ocasião do julgamento perante a Corte Especial, for argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, suspender-se-á o julgamento, a fim de ser tomado o parecer do Ministério Público, no prazo de quinze dias. § 1º. Devolvidos os autos e lançado o relatório, serão eles encaminhados ao Presidente da Corte Especial para designar a sessão de julgamento. A Secretaria distribuirá cópias autenticadas do relatório aos Ministros. § 2º. Proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnado, se num ou noutro sentido se tiver manifestado a maioria absoluta dos membros da Corte Especial. § 3º. Se não for alcançada a maioria absoluta necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso, a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o quorum; não atingido, desta forma, o quorum, será convocado Ministro não integrante da Corte, observada a ordem de antigüidade (art. 162, § 3º). § 4º. Cópia do acórdão será, no prazo para sua publicação, remetida à Comissão de Jurisprudência que, após registrá-lo, ordenará a sua publicação na Revista do Tribunal. Art. 200. A Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial quando a maioria acolher argüição de inconstitucionalidade por ela ainda não decidida. § 1º. Acolhida a argüição, será publicado o acórdão, ouvido, em seguida, o representante do Ministério Público, em quinze dias. § 2º. Devolvidos os autos, observar-se-á o disposto nos §§ 1º e 3º do artigo anterior. § 3º. O relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o Ministro mais moderno.

²¹⁹ Art. 4º Compete ao Plenário: (...) § 1º À Corte Especial, integrada pelo Presidente do Tribunal, pelo Vice-Presidente, pelo Corregedor-Geral e pelos Desembargadores Federais mais antigos, apurada a antigüidade no Tribunal, compete processar e julgar: (...) III - os incidentes de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo

6.3 Conclusões sobre a análise das arguições

Ao examinar o que o STF vem entendendo como interpretar conforme, veja-se o exemplo da decisão sobre a competência da Justiça Federal para as relações estatutárias.²²⁰ Conclui-se que, efetivamente, esta é uma técnica de interpretação bem como a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, porque se afasta o texto legal, declarando-se o seu sentido, ou seja, desvela o princípio que está atrás da regra para determinar-se qual a situação que é disciplinada pelo texto argüido de inconstitucionalidade.

Assim é que, transportando-se tal entendimento para o controle difuso, vê-se a obrigatoriedade da aplicação do art. 97 da Constituição Federal, porque sempre que o julgador, ao examinar o caso posto, está frente a desvendar a qual situação se aplica e, se o faz no exercício da jurisdição constitucional, está o Tribunal a afastar outras interpretações possíveis para o texto confrontado.

suscitados nos processos submetidos ao julgamento originário ou recursal do Tribunal, hipótese em que o Relator (art. 150), mesmo não sendo integrante da Corte Especial, dela participará para o julgamento do incidente, excluindo-se o Desembargador Federal mais moderno.

²²⁰ Na ADI n. 3395, o Min. César Peluso, Relator, manifestou-se quanto à interpretação que se deva dar ao inciso I do art. 114 da Constituição Federal, na redação que lhe dada pela EC 45/04, no sentido de que: *Não há que se entender que justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Leio GILMAR MENDES, há “Oportunidade para interpretação conforme à Constituição ... sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. ... Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica ...” (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 222/223). É o caso. A alegação é fortemente plausível. Há risco. Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito ‘extunc’. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC n° 45/2004. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclui, na competência da Justiça do Trabalho, a “... apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”. Publique-se. Brasília, 27 de janeiro de 2005.” (fls. 515/521) (grifos no original) 2. Entendo presentes os requisitos para a concessão e manutenção da liminar. A necessidade de se definir a interpretação do art. 114, inc. I, acrescido pela Emenda Constitucional n° 45/2004, conforme à Constituição da República, é consistente. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento da ADI n° 492, (Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 12.03.93), ser inconstitucional a inclusão, no âmbito de competência da Justiça do Trabalho, das causas que envolvam o Poder Público e seus servidores estatutários. A razão é porque entendeu alheio ao conceito de “relação de trabalho” o vínculo jurídico de natureza estatutária, vigente entre servidores públicos e a Administração. Como consta do voto do relator: “(...) não há como sustentar a constitucionalidade da citada disposição legal, que confere competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar os litígios individuais dos servidores estatutários. (Informativo n. 423).*

Há, pois, uma intransponível questão que é a de que o princípio por trás da regra do art. 97 da Constituição Federal só é aplicável, só é necessário quando há uma declaração de inconstitucionalidade, afastando-se o texto, porque inaplicável a todas as situações já que está em confronto com o texto constitucional. Por isso, não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade pelo julgador de primeiro grau, em face do princípio da reserva de plenário, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

De outro lado, necessária a arguição do incidente mesmo quando tal texto é anterior à ordem constitucional vigente, porque a maioria do Tribunal é a única com poder para declarar e não reconhecer como válido, vigente e eficaz o texto legal.

Tal constatação decorre não só do princípio da reserva de plenário, mas também da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

“I. Recurso Extraordinário: limitação temática às questões suscitadas na interposição. O juízo de conhecimento do recurso extraordinário, como é da sua natureza, circunscreve-se às questões suscitadas na sua interposição: não aventada nesta a nulidade do acórdão recorrido, que teria declarado a inconstitucionalidade dele, sem observância do art. 97 da Constituição, é impossível conhecer do recurso para declarar o vício não alegado. II. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. III. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): inaplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C.Pr.Civil (red. da L. 9.756/98). 1. O artigo 481, parágrafo único, introduzido no Código de Processo Civil pela L. 9.756/98 - que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão - alinhou-se à construção jurisprudencial já então consolidada no Supremo Tribunal, que se fundara explicitamente na função outorgada à Corte de árbitro definitivo da constitucionalidade das leis. 2. A regra, por isso mesmo, só incide quando a decisão do órgão fracionário de outro tribunal se ajusta à decisão anterior do plenário do Supremo Tribunal. 3. Manifesta é a sua impertinência a hipóteses, como a do caso, em que a Turma da Corte de segundo grau vai de encontro ao julgado do STF, para declarar inconstitucional o dispositivo de lei que aqui se julgara válido perante a Constituição.” (AI-AgR 473019 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julg. 23/03/2004, Primeira Turma, publ. DJ 23-04-2004 p. 16).”

“I. Recurso extraordinário: limitação temática às questões suscitadas na interposição. O juízo de conhecimento do recurso extraordinário, como é da sua natureza, circunscreve-se às questões suscitadas na sua interposição: não aventada nesta a nulidade do acórdão recorrido, que teria declarado a inconstitucionalidade de lei, sem observância do art. 97 da Constituição, é impossível conhecer do recurso para declarar o vício não alegado. II. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. “ (AI-AgR 521797 / SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 05-0-2006, 1ª Turma, publ. DJ 29-09-2006).

CAPÍTULO VII – UM OLHAR HERMENÊUTICO SOBRE A IMPORTÂNCIA E A VINCULAÇÃO ENTRE FORMA DIFUSA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Passados quase vinte anos desde a promulgação de nossa Constituição, ainda é necessário dizer que somente é válido o texto que está conforme a Constituição. Esta conformidade passa por uma interpretação capaz de se aliar ao que é o Estado Democrático de Direito.

7.1 Hermenêutica — interpretação

Desde os primeiros passos, o estudante do curso de Direito tem pela frente grandes questões e um mundo novo que lhe parece, às vezes, distanciado, afastado do mundo real, aquele em que vive, em que se relaciona, em que transita com suas emoções e razão.

A partir daí, aquele que busca e continua a tarefa dos operadores do Direito começa a visualizar, às vezes, uma dualidade entre o chamado “mundo fático” e o “mundo jurídico”. Ambos precisam partir dos conhecimentos que se lhes vão ajuntando e que permitem, por fim, a clara visão de que os textos, as relações, os fatos e os atos do mundo do Direito são tão reais e tão necessariamente ligados ao mundo visível, sentido e ouvido. Da idéia da abstração primeira, surge a idéia da necessária equivalência, conexão, coexistência e explicação da importância do aprimoramento e do aprofundamento nesta ciência que, em toda e qualquer sociedade humana, torna-se cada vez mais imprescindível à própria sobrevivência do homem enquanto ser social.

E a idéia de homem, como ser social, remonta às concepções do contrato social criadas por Rousseau. Com efeito, para este filósofo iluminista, os homens, em busca da sobrevivência, deixam o seu estado de natureza,²²¹ que é um estado primitivo, e reúnem todas as suas forças e propriedades por meio do chamado “pacto social”, pelo qual “todos os cidadãos são iguais, o que todos devem fazer, todos podem prescrever, ao passo que ninguém tem o direito de exigir que um outro faça aquilo que ele mesmo não faz.”²²² Fundam, assim, um estado civil cuja finalidade é o bem comum,²²³ entregando todos, em igual medida, a sua liberdade e os seus direitos a todos, associando-se num estado pautado pela igualdade social que corrige as desigualdades físicas existentes entre os homens em virtude da natureza por meio da convenção e do direito.²²⁴

Já a filosofia atual da integração, desenvolvida por Michel Serres, parte da premissa de que o homem é um com a natureza, propondo uma revisão do contrato social²²⁵ primitivo, concebido por Rousseau, de modo a redirecionar este contrato para o seu genuíno objeto, que é a natureza, formando o denominado “contrato

²²¹ Sobre a passagem do homem do estado de natureza ao estado civil, afirma Rousseau: “Esta passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança notabilíssima, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça, e dando às suas ações a moralidade de que não dispunha anteriormente. É só então que, a voz do dever sucedendo ao impulso físico e o direito ao apetite, o homem, que até então apenas havia olhado para si mesmo, é forçado a agir tomando como base outros princípios e consultando sua razão antes de ser influenciado por suas tendências. Embora neste estado se prive de muitas das vantagens que frui da natureza, ganha outras de mesmo porte, suas faculdades se exercitam e se desenvolvem, suas idéias ganham amplitude, seus sentimentos se enobrecem, sua alma inte ira se eleva a tal ponto que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem freqüentemente abaixo daquela de onde saiu, deveria bendizer incessantemente o instante feliz que o arrancou dela para sempre e que, de um animal estúpido e limitado, fez um ser inteligente e um homem”. *In: Do contrato social*. São Paulo: Hemus. p. 31.

²²² Conferir em ROUSSEAU, Jean Jacques. *Op. cit.*, p. 104.

²²³ Segundo Rousseau: “A primeira e a mais importante consequência dos princípios anteriormente estabelecidos é que a vontade geral apenas pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, que é o bem comum, pois se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. É o que há de comum nos diferentes interesses que formam o vínculo social, e se não houvesse algum ponto no qual todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, é unicamente segundo este interesse comum que a sociedade deve ser governada.” *Op. cit.*, p. 37.

²²⁴ Assim, conclui este autor: “Terminarei este capítulo e este primeiro livro por uma nota que deve servir de base a todo sistema social; é que, em lugar de destruir a igualdade social, o pacto fundamental substitui, ao contrário, uma igualdade moral e legítima naquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, e que, podendo ser desiguais na força ou capacidade, tornam-se todos iguais por convenção e direito.” *Op. cit.*, p. 34.

²²⁵ A respeito do contrato social, diz Michel Serres: “Os filósofos do direito natural moderno associam por vezes a nossa origem a um contrato social que, pelo menos virtualmente, teríamos estabelecido entre nós para entrarmos no coletivo que fez de nós os homens que somos. Estranhamente mudo sobre o mundo, esse contrato, dizem, nos fez deixar o Estado de natureza para formar a sociedade. A partir do pacto, tudo se passa como se o grupo que o assinou, ao despedir-se do mundo, não mais se enraizasse senão em sua história.” *In: O contrato natural*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1990, p. 47.

natural”.²²⁶ Michel Serres, diante da constatação de que “o que está em risco é a Terra em sua totalidade, e os homens, em seu conjunto”,²²⁷ e de que “a história global entra na natureza, a natureza global entra na história”,²²⁸ defende que o homem, ao realizar o contrato social, apenas se ocupou com o homem enquanto ser social e com a sociedade em si, sem se ocupar minimamente da natureza, sendo imprescindível para a sobrevivência da humanidade e do planeta ampliar, ou mesmo deixar para trás, os conceitos de contrato social²²⁹ e contrato científico.²³⁰ Propõe, então, um retorno à natureza, sem o qual não será mais possível viver ou conviver harmonicamente.

Nas palavras deste autor:

Volta à natureza! Isto significa: ao contrato exclusivamente social juntar o estabelecimento de um contrato natural de simbiose e de reciprocidade onde a nossa relação com as coisas deixaria domínio e posse pela escuta admirativa, pela reciprocidade, pela contemplação e pelo respeito, onde o conhecimento não mais suporia a propriedade nem a ação a dominação, nem estas os seus resultados ou condições estercorárias. Contrato de armistício na guerra objetiva,

²²⁶ Conforme Michel Serres: “Se existe um direito e uma história para as guerras subjetivas, não existe nenhum para a violência objetiva, sem limite nem regra, portanto, sem história. O aumento dos nossos meios racionais nos leva, numa velocidade difícil de calcular, em direção à destruição do mundo que, por um efeito de retorno bastante recente, pode condenar-nos a todos juntos, e não mais por localidades, à extinção automática. “Repentinamente voltamos aos tempos mais antigos, de que apenas os filósofos teóricos do direito guardaram a memória — em suas concepções e através delas — o momento em que nossas culturas, salvas por um contrato, inventaram a nossa história, definida pelo esquecimento do estado que a precedeu. Nas condições muito diferentes deste estado anterior, mas a elas paralelas, é preciso que, novamente, sob a ameaça da morte coletiva, inventemos um direito para a violência objetiva, exatamente como ancestrais impossíveis de imaginar inventaram o direito mais antigo que, através do contrato, levou sua violência subjetiva a tornar-se o que chamamos de guerras. Um novo pacto, um novo acordo prévio, que devemos fazer com o inimigo objetivo do mundo humano: o mundo tal como está. Guerras de todos contra tudo.” Mais adiante, afirma: “**É mais do que isto: trata-se da necessidade de rever e, até mesmo, de renunciar ao contrato social primitivo. Este nos reuniu, para o melhor e para o pior, segundo a primeira diagonal, sem mundo; agora que sabemos nos associar diante do perigo, é preciso prever, ao longo da outra diagonal, um novo pacto a assinar com o mundo: o contrato natural. Cruzam-se assim os dois contratos fundamentais.**” *Op cit.*, p. 24 e 25. (grifei)

²²⁷ SERRES, Michel. *Op. cit.*, p. 15.

²²⁸ Idem, *ibidem*.

²²⁹ Ainda, no tocante ao contrato social, observa Michel Serres: “Tão miticamente quanto o pensávamos, o contrato social marca o início das sociedades. Em função destas ou daquelas necessidades, alguns homens decidem, certo dia, viver em conjunto e se associam; desde então não sabemos mais passar uns sem os outros. Quando, como e por que esse contrato foi — ou não — assinado, não sabemos e, sem dúvida, nunca saberemos. Não importa.” *Op. cit.*, p. 57.

²³⁰ Sobre o contrato científico, afirma este autor: “O contrato de verdade científica sintetiza um contrato social, exclusivamente intersubjetivo, de constante supervisão recíproca e de acordo em tempo real a respeito do que convém dizer e fazer, e um contrato realmente jurídico de definição de certos objetos, de delimitação das competências, de procedimentos de experiências e de atribuição analítica de propriedades. Pouco a pouco as coisas deixam a rede das nossas relações para adquirir uma certa independência; a verdade exige que falemos delas como se não estivéssemos ali. Uma ciência, desde o seu nascimento, associa indissociavelmente o coletivo e mundo, o acordo e o objeto do acordo.” *Op. cit.*, p. 58.

contrato de parasita — nosso estatuto atual — condena à morte aquele que pilha e que habita, sem tomar consciência de que no final condena-se a desaparecer.

O parasita toma tudo e não dá nada, o hospedeiro dá tudo e não toma nada. O direito de domínio e de propriedade se reduz ao parasitismo. Ao contrário, o direito de simbiose se define por reciprocidade: o que a natureza dá ao homem é o que este deve restituir a ela, transformada em sujeito de direito.²³¹

Portanto, para o citado autor,

o contrato natural nos leva a considerar o ponto de vista do mundo em sua totalidade. Todo contrato cria um conjunto de elos cuja rede canoniza as relações; a natureza hoje se define por um conjunto de relações cuja rede unifica a Terra inteira; o contrato natural conecta em rede o segundo ao primeiro.²³²

É assim que, a partir da obrigatória caminhada pelas inúmeras teorias que buscam explicar e fundamentar o Direito como ciência, de forma a possibilitar a sua função maior — que é a de transformar e manter uma sociedade mais justa, de criar para todas as relações interindividuais e multifacetadas os mais justos e benéficos resultados —, encontra-se o operador jurídico frente a uma primeira e basilar constatação: existem textos jurídicos, existem situações fáticas, existem litígios, e, para tanto, mister que se busque nos textos a sua função regradora, a sua atribuição regulamentadora, capaz de permitir a manutenção da ordem, da paz e do progresso das sociedades humanas.

É exatamente nesta base, neste início, que se apresenta a necessidade de se interpretar, de se conhecer o texto que deve ser aplicado, o que deve ser compreendido, o que deve ser manifestado. E isto é o objeto da Hermenêutica.

Para abordar a questão proposta, mister que, já de início, fique estabelecida, no mínimo, uma distinção entre o que seja uma interpretação legal, para concluir que a mesma “não consiste apenas no estudo isolado e sistemático do referido texto, para surpreender-lhe o sentido e o alcance, e na análise dos fatos (aos quais o dito

²³¹ SERRES, Michel. *Op. cit.*, p. 51.

²³² *Idem*, p. 59. (grifei)

texto se deva aplicar) em face aos diversos elementos legais que contenha”,²³³ e a nova postura hermenêutica como instrumento da construção jurídica, nas exatas palavras de Lenio Streck,²³⁴ de que necessário compreender e que interpretação é compreensão.

Considerando-se que a doutrina diverge acerca do que seja o objeto de estudo da hermenêutica jurídica, reporta-se este trabalho, inicialmente, à concepção tradicional de hermenêutica formulada por Francesco Ferrara, que assim afirma sobre o papel do juiz na interpretação e aplicação das leis:

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a *viva vox iuris*.²³⁵

Ressalte-se, no entanto, que a hermenêutica, enquanto tema a ser desenvolvido ao longo deste trabalho, deve ser entendida aqui não sob este enfoque tradicional acima mencionado — a partir do qual o seu objeto são as técnicas para uma interpretação o mais objetiva possível da lei, na busca de sua vontade objetiva —, *mas sob o prisma que confere a hermenêutica como condição de ser no mundo, onde interpretar é aplicar*. É que a hermenêutica deve levar em consideração não apenas o campo abstrato da lei, mas também o campo concreto e real dos fatos. A

²³³ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Interpretação da lei e arbítrio judicial (direito romano e atual). In: Repertório enciclopédico do direito brasileiro. SANTOS, J. M. de Carvalho (org.). Rio de Janeiro: Borsoi, v. 28, 1947, p. 54.

²³⁴ Segundo Lenio Streck: “compreendendo que interpretar é compreender e que somente pela compreensão é que é possível interpretar, *não se pode falar na existência de uma hermenêutica constitucional stricto sensu, isto é, como uma disciplina autônoma*. Admitir a existência de uma hermenêutica constitucional específica seria admitir, também, a existência de uma hermenêutica do direito penal, do direito processual, etc. O processo de interpretação da Constituição tem, sim, uma série de especificidades e peculiaridades, uma vez que a Constituição — entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como o espaço de mediação ético-política da sociedade — é o *topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico. A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão-somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve se auto-sustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional devem ser interpretados em conformidade com aquele. Como bem diz Ivo Dantas, a interpretação constitucional há de ser feita levando-se em conta o sentido exposto nos princípios fundamentais consagrados na Lei Maior. Acrescente-se, ainda, o dizer de Baracho, para quem ‘*a interpretação constitucional tem princípios próprios do Direito Constitucional, entretanto não abandonando os fundamentos da interpretação da lei, utilizados pela Teoria Geral do Direito, pelos magistrados ou pela administração*’. In: *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 238. (grifo no original)

²³⁵ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, p. 1.

doutrina tradicional da interpretação²³⁶ por meio de métodos e fórmulas pretende atingir a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador. Há a ilusão da possibilidade de reprodução do texto sem que o intérprete se insira dentro do ambiente histórico/cultural do qual depende também a sua interpretação, para, interagindo, chegar à construção da norma para o caso concreto, para o caso posto.

Feitas estas considerações, cumpre, então, destacar que apenas na modernidade passou-se a entender a hermenêutica e a interpretação como conceitos diversos. A hermenêutica é concebida, desde então, como ciência que se ocupa das técnicas pertinentes à elaboração da interpretação, enquanto a interpretação diz com o estabelecimento das relações de um texto com o presente, ao aplicá-lo a uma situação presente.

Ou melhor, o julgador, enquanto intérprete do texto, necessita sopesar todos os elementos fáticos que envolvam o caso posto a fim de concluir pela aplicação do texto da forma mais justa, de maneira a estabelecer uma relação com o texto já vindo do passado para o momento presente onde será aplicado.

É por isso que Gadamer enfatiza a hermenêutica filosófica na aplicação porque há necessidade do antecedente — compreensão. A verdade é a verdade hermenêutica.

O denominado fenômeno hermenêutico apresentado com base no discurso filosófico de Gadamer,²³⁷ por suas próprias palavras, ressuscitou e dirigiu para a interpretação de textos a filosofia de Heidegger — filosofia que, pelo seu caráter provocador de questionamento do ser humano como ser pensante, determinou ou

²³⁶ Sobre a questão, assim se manifesta Konrad Hesse: “A doutrina da interpretação tradicional procura, em geral, averiguar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjetiva) do legislador ao ela ter em conta o texto, o trabalho preparatório, a conexão sistemática da norma, a história da regulação e o sentido e a finalidade, o ‘telos’, a ‘ratio’ da norma. Ao conteúdo da norma, comprovado, deste modo, sem atenção ao problema concreto colocado para a decisão, deve então ser subsumido o fato da vida a ser regulado no caminho de conclusão silogística e, deste modo, ser encontrada a decisão. Segundo a pretensão, existe interpretação — também interpretação constitucional —, portanto, fundamentalmente na mera assimilação de uma vontade (objetiva ou subjetiva) preexistente que, por meio daqueles métodos, independentemente do problema a ser resolvido, pode ser averiguada com certeza objetiva.” *In: Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 56.

²³⁷ Consultar, para tanto, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

fez concluir que “a compreensão do ser, própria da pre-sença, inclui, de maneira igualmente originária, a compreensão de ‘mundo’ e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo. Dessa maneira, as ontologias que possuem por tema os entes desprovidos do modo de ser da pre-sença se fundam e motivam na estrutura ôntica da própria pre-sença, que acolhe em si a determinação de uma compreensão pré-ontológica do ser”.²³⁸

Daí, para, entre outras conclusões, afirmar que só se refletindo na presença do ser pode-se compreender a constituição fundamental do *Dasein*.²³⁹

E continua Heidegger:

O ser no mundo tornou-se visível em sua cotidianidade e em sua medianidade. A pre-sença cotidiana retira a interpretação pré-ontológica de seu ser do modo de ser mais imediato do impessoal. A interpretação ontológica segue inicialmente esta tendência e entende a pre-sença a partir do mundo, onde a encontra, como ente intramundano. E não somente isto: a ontologia ‘mais imediata’ da pre-sença recebe previamente do ‘mundo’ o sentido do ser em função do qual estes ‘sujeitos’ se compreendem. Entretanto, uma vez que neste concentrar-se no mundo salta-se por cima do próprio fenômeno do mundo, em seu lugar aparece o que é simplesmente dado dentro do mundo, as coisas. O ser do mundo em sua *co-presença* é então compreendido como simplesmente dado. Desta maneira, a de-monstração do fenômeno positivo do ser-no-mundo mais cotidiano possibilita penetrar nas raízes da interpretação ontologicamente desviada desta constituição de ser. *É ela própria que, em seu modo de ser cotidiano, de início, se encobre e não é encontrada.*²⁴⁰

É dessa filosofia que, em minuciosas análises, Heidegger fala do homem como o lugar do entendimento do ser, o que leva à constatação de que Heidegger reacendeu o que Platão denominou “a batalha de gigantes”.

Segundo Wilhelm Weischedel,

sua pergunta central é a seguinte: o que é o ‘sentido do ser’? A que visamos quando pronunciamos a palavra ‘é’, ou seja, quando

²³⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 6. ed. parte 1. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 40.

²³⁹ Para Heidegger, pre-sença é “ser aqui não apenas como ser do homem (existência)”. E explica que “o ser-no-mundo abriga *em si* a remissão da existência em seu todo: compreensão do ser”. *Op. cit.*, p. 302.

²⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.*, p. 183. (grifo no original)

dizemos: a árvore ‘é’, o homem ‘é’, Deus ‘é’? Essa pergunta parece ser, a princípio, um problema abstrato de uma determinada disciplina filosófica, a ontologia. Considerando-a mais de perto, contudo, percebe-se que conduz à profundidade das razões e dos abismos do pensamento. ‘Com a pergunta pelo ser, arriscamo-nos à margem da total escuridão.’

Mas como se pode dar andamento a essa pergunta? E mais: onde se torna acessível ao homem o ser, pelo qual pergunta? Heidegger responde: no entendimento do ser. Portanto, no fato de que o homem, de algum modo, já entende desde sempre o que ser significa. Esse entendimento expressa-se na linguagem, mas também na lida cotidiana com as coisas e no trato com os outros homens.²⁴¹

Para Weischedel, Heidegger “também não abandona o homem no isolamento artificial, em que a filosofia moderna, desde Descartes, está acostumada a vê-lo. Contrariamente, fala de como cada homem tem ‘seu’ mundo, de como ele existe entre outros entes e com outros homens: fala de seu ‘ser-no-mundo’ e de seu ‘ser-com-outros’”.²⁴²

Diz Heidegger que a determinação do ser depende da nossa existência histórica, e que “determinar o ser não é simples questão de definir o significado de uma palavra”, mas que “constitui o poder, que ainda hoje carrega e domina *todas as* nossas referências com o ente em sua totalidade, com o Vir a ser, com a Aparência, com o Pensar e Dever.”²⁴³

É, pois, a partir de questões colocadas sobre o que conclui Heidegger, em sua carta a Jean Beaufret,²⁴⁴ que Gadamer, na busca da verdade, afirma que “o que a ferramenta do ‘método’ não alcança tem de ser conseguido e pode geralmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a verdade”.²⁴⁵

Daí que a experiência hermenêutica em Gadamer é compreensão, é estar aí no mundo. Afirma Gadamer que “o fenômeno devolve aqui a sua própria

²⁴¹ WEISCHEDEL, Wilhelm. *A escada dos fundos da filosofia: a vida cotidiana e o pensamento de 34 grandes filósofos*. São Paulo: Angra, 1999, p. 307.

²⁴² Idem, p. 308.

²⁴³ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

²⁴⁴ Afirma Heidegger: “A linguagem é a casa do ser. Nesta habitação do ser mora o homem. Os pensadores e os poetas são os guardas desta habitação. A guarda que exercem é o consumir a manifestação do ser, na medida em que a levam à linguagem e nela a conservam. Não é por ele irradiar um efeito ou por ser aplicado, que o pensar se transforma em ação.” *In: Carta sobre o humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 1985, p. 33.

²⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 709.

universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando a determina, num sentido universal, como *linguagem*, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação.” E segue: “por isso não falamos somente de uma linguagem da arte, mas também de uma linguagem da natureza, e inclusive de uma linguagem que as coisas exercem”.²⁴⁶

Também a respeito da interpretação, é necessário destacar alguns aspectos. Igualmente o conceito de interpretação que vai ser trabalhado e adotado neste texto é mais amplo que o conceito clássico, pelo qual normalmente não se indaga sobre quem são os participantes da interpretação. Contudo, especialmente em matéria de direitos e garantias individuais e sociais previstos em sede constitucional, há que se adotar um modelo de interpretação mais aberto, levando em conta a interpretação dos intitulados “*participantes materiais do processo social*”,²⁴⁷ que são, entre outros, os cidadãos e seus grupos, os órgãos estatais, sendo impossível discriminar e quantificar todos os que fazem parte da interpretação.

É este, aliás, o conteúdo central da tese de Peter Häberle, que propõe a democratização da interpretação constitucional, nos seguintes termos:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ — **aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação** voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral —, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’.²⁴⁸

E, mais adiante, prossegue este mesmo autor:

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch (mit)*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma

²⁴⁶ Idem, p. 687.

²⁴⁷ Tal expressão foi utilizada por Peter Häberle, em sua tese *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 13.

²⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 12. (grifei)

interpretação constitucional antecipada. Originalmente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. **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 (...) representam forças produtivas de interpretação (interpretatorische Produktivkräfte); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (Vorinterpreteten).** Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). **Se se quiser, 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 da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.**²⁴⁹

Desde os tempos em que o homem, dominando a natureza, passou a se relacionar com os demais, aparece em qualquer grupo aquele que diz o caminho, a lei, as regras, as condutas. E aquele que determina as sanções, que escolhe as conseqüências, que julga os demais.

E é deste ator — o julgador — que se torna necessária a sua perfeita sincronia com o mundo em que vive para que possa permitir o desenvolvimento da própria sociedade. Assim, tanto a hermenêutica precisa do juiz como o juiz precisa da hermenêutica. Um não vive sem o outro. Não há julgamento sem interpretação, não há juiz que não interprete.

O homem, através dos tempos, foi-se relacionando e interagindo com os demais semelhantes e com a natureza. Para poder sobreviver e conviver, foram, ao longo dos tempos e de acordo com as realidades sociais, surgindo pensadores, filósofos, homens letrados que, ao lado do poder da força, exerciam nas comunidades o poder de determinar, de decidir o que era necessário para a sobrevivência da comunidade e de suas relações em todos os campos.

²⁴⁹ Idem, p. 13 e 14. (grifei)

Assim, a comunicação por meio de sinais, da linguagem, de símbolos, é o fator fundamental e básico para o crescimento da comunidade e o enfrentamento dos fenômenos naturais que se foram conhecendo. Esta é, sem dúvida, desde os tempos bíblicos, a grande descoberta do homem-ser-social — comunicar-se.

A partir desta rápida abordagem — e tendo em conta que a hermenêutica, enquanto construção do Direito, permite a manutenção do Estado Democrático de Direito —, afirma-se que cabe aos detentores do poder de dizer a norma a obrigação de interpretar de acordo e conforme a realidade que os rodeia. Tudo porque é da própria essência deste poder esta atribuição, que emana da soberania popular (Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único).

7.1.1 Breve panorama histórico

Do grego "hermeneuein", há dúvidas na sua etimologia, em pesquisas mais recentes. O vocábulo hermenêutica relaciona-se com Hermes, enviado divino para levar as mensagens dos deuses aos homens, que, nessa "tradução", detinha certa liberdade.²⁵⁰

Por isso, o trabalho da hermenêutica é sempre essa transferência de um mundo a outro, da língua dos deuses à língua dos homens, uma vez que esta é uma ciência que tem como finalidade principal dizer, explicar e traduzir. Vai daí o sentido da hermenêutica, apenas como reprodução do que deve ser comunicado. Aos poucos houve a necessidade de explicar o que devia ser anunciado — e aí entra um componente de compreensão, mas que fica adstrito ao compreender daquele que anuncia.

Essa atividade de anunciar, de dizer as notícias dos deuses, de transmiti-las, foi, sob a influência dos gregos, concebida como *ars*, e a hermenêutica passou a ser explicação; já se sentiam distinções entre apenas dizer, dar notícias e traduzir, que

²⁵⁰ Nas palavras de Gadamer, "Não é somente a tradição literária que representa um espírito alienado e novo, necessitado de uma apropriação mais correta, mas, antes, tudo que já não está de maneira imediata no seu mundo e não se expressa nele, e para ele, junto com toda tradição, a arte, bem como todas as demais criações espirituais do passado, o direito, a religião, a filosofia, etc., encontram-se despojadas de seu sentido originário e

seria tornar compreensível aquilo que se está transmitindo.²⁵¹

Numa breve incursão histórica, tem-se que Platão não entendia, com essa palavra, qualquer manifestação de idéias. Aristóteles referia-se somente ao sentido lógico, e assim se desenvolve no mundo grego o sentido meramente cognitivo, seguindo com conotações sagradas. É mais uma destreza prática do que uma ciência. Isto tem reflexos na hermenêutica jurídica e teológica, que se apresenta como arte e que manifesta uma competência normativa — lei divina ou humana.

Segundo Gadamer,²⁵² “no século XIX a hermenêutica experimentou, como disciplina auxiliar da teologia e da filosofia, um desenvolvimento sistemático que a transformou em fundamento para o conjunto das atividades das ciências do espírito”. E continua: “ela elevou-se fundamentalmente acima de seu objetivo pragmático original, ou seja, de tornar possível ou facilitar a compreensão de textos literários”.

Entre os romanos, a hermenêutica andou conjuntamente com a prática jurídica, não havendo preocupação com a generalidade no tratamento e aplicação do direito, que era reconhecido de acordo com o caso concreto, sendo que algumas destas decisões, reiteradas e fortalecidas no tempo, ganharam o atributo da compulsoriedade.

Além disso, a hermenêutica adquiriu especial importância com a preocupação de se interpretar com precisão a palavra de Deus tanto entre os judeus quanto entre os cristãos, como também em relação aos protestantes. No período da Idade Média, coube à Teologia revelar a palavra divina, enquanto tocou à hermenêutica o papel de auxiliar da Teologia. Assim, no sentido teológico, o termo significa a arte de exposição correta da Escritura Sagrada.

Desde 1654, quando surge o primeiro documento com a palavra “hermenêutica”, em Dannhauer, faz-se a distinção entre uma hermenêutica

dependentes de um espírito que as faça aflorar e intermedie, espírito que, de acordo com os gregos, chamamos de Hermes, o mensageiro dos deuses.” *Op. cit.*, p. 263.

²⁵¹ Sobre a questão, afirma Gadamer: “É evidente que a reconstrução das condições sob as quais uma obra transmitida cumpria sua determinação original constituiu, obviamente, uma operação auxiliar verdadeiramente essencial para a compreensão.” *Op. cit.*, p. 266.

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 263.

teológico-filológica e uma hermenêutica jurídica. O núcleo da hermenêutica antiga é a interpretação alegórica, praticada na época da sofística.

Houve um novo impulso na hermenêutica com a volta às letras da Bíblia, com a Reforma, quando Lutero afastou o método alegórico, justificando o sentido simbólico nos discursos de Jesus. Surgiu, então, uma nova consciência metodológica, que procurava ser objetiva — ligada ao objeto — isenta do arbítrio do sujeito.

Tanto na hermenêutica teológica como na humanista da Idade Moderna, buscava-se a correta interpretação daqueles textos que continham o decisivo, o que era necessário recuperar. Procurava-se, então, alcançar uma nova compreensão voltando às fontes originais, com uma motivação objetiva, procurando-se não apenas a compreensão mais exata, mas, principalmente, enfatizar o que havia de "exemplar" na Bíblia, nos oráculos, nas leis. Além disso, passou a haver uma motivação formal, que resultou no surgimento de uma teoria geral da interpretação das linguagens simbólicas.

A partir dos séculos XI e XII, teve início na Universidade de Bolonha a interpretação dos textos jurídicos romanos pelos professores que faziam as chamadas glosas. Procurava-se, então, o sentido global do texto, porque se cada texto isoladamente continha a verdade da autoridade absoluta, não poderia haver contradições entre os textos globalmente considerados, tendo em vista a impossibilidade de um ser mais verdadeiro que os demais.

Durante os períodos do Romantismo e do Renascimento buscou-se recuperar as obras clássicas, enfatizando-se novamente o uso correto da palavra e da língua.

No século XVIII, devido a sua generalidade, foi considerada como parte da lógica (Christian Wolf - 1732).²⁵³ Havia um interesse lógico-filosófico que aspirava a fundamentar a hermenêutica em uma semântica geral. O primeiro compêndio sobre

²⁵³ Idem, p. 281, nota 9.

a matéria foi elaborado por Maier, que teve como precursor Chladenius.²⁵⁴ Durante o século XVII, a disciplina da hermenêutica presente na teologia e na filosofia serviu mais para fins didáticos do que filosóficos.

Ainda que tenha, no nível pragmático, desenvolvido algumas regras metodológicas fundamentais, oriundas, na sua maior parte, da gramática e da retórica antigas (Quintiliano), não passava de uma série de explicações de textos destinada a facilitar o entendimento da Bíblia. Esta hermenêutica que se apóia na retórica não justifica o interesse filosófico por tais escritos.

A história primitiva da hermenêutica protestante reflete já a problemática filosófica de fundo que só afloraria em nosso século. O Tratado teológico-político de Spinoza foi o acontecimento principal para a luta contra a dogmática católica de interpretação da Bíblia. Com Lutero, no protestantismo, também há na base certos dogmas.

Finalmente, sob o influxo do historicismo, a hermenêutica passa a ganhar outros enfoques que extrapolam a função meramente reprodutiva, sobressaindo também a importância da interpretação investigativa do contexto histórico em que o texto legal fora criado, bem como o contexto posterior que determina a sua aplicação.

É, no entanto, somente através da fenomenologia fomentada por Husserl²⁵⁵ e Heidegger que a hermenêutica vai ser entendida como compreensão, revelando-se na consciência do próprio ser. Para Heidegger, compreender é a forma originária de

²⁵⁴ Segundo Gadamer (*op. cit.*, p. 285), entre os que prepararam o pensamento histórico está “particularmente Chladenius, apresentado como um precursor da hermenêutica romântica, e de fato nele se descobre o interessante conceito do ‘ponto de vista’ como fundamento do ‘por que conhecemos uma coisa desse e não de outro modo’. É um conceito procedente da ótica e que o autor toma expressamente de Leibniz.”

²⁵⁵ Conforme Gadamer, “Edmund Husserl dedicou atenção a essa questão, empreendendo com investigações sempre renovadas a tarefa de esclarecer a parcialidade inerente à idealização da experiência que subjaz às ciências”. E esclarece: “A base disso é um conceito de fundamentação muito diferente. Do ponto de vista fenomenológico, a ‘pura’ percepção me parece uma mera construção, que corresponde ao conceito derivado de ser simplesmente dado — surgindo com isso como uma posição secundária de sua idealização científica e teórica”. *Op. cit.*, p. 513.

realização do estar aí do ser-no-mundo.²⁵⁶ Já para Gadamer compreender é experiência.²⁵⁷

Com efeito, Gadamer,²⁵⁸ dando continuidade ao historicismo de Dilthey e à ontologia heideggeriana, inclui na sua delimitação do conceito de hermenêutica, como “anúncio, tradução, explicação e interpretação”, por óbvio, a arte de compreensão do que subjaz e o que se entende quando algo não está claro ou não é inequívoco, trazendo a hermenêutica para o campo da filosofia.

Ao referir que a arte não é um mero objeto da consciência histórica, mas que “a sua compreensão co-implica sempre uma mediação histórica”, Gadamer pergunta: “como se irá determinar, face a isso, a tarefa da hermenêutica?”²⁵⁹

O papel da linguagem é ressaltado por Schleiermacher, segundo o qual a fundamentação da compreensão na conversação e no consenso inter-humano significou um aprofundamento nos fundamentos da hermenêutica, permitindo a criação de um sistema científico orientado para uma base hermenêutica.

Com Schleiermacher, que se insere melhor no idealismo transcendental fundado por Kant e Fichte, desaparece o pressuposto dogmático sobre o caráter “decisivo” do texto, que era o pressuposto que guiava a atividade do teólogo, do filólogo humanista e do jurista.²⁶⁰

²⁵⁶ Expõe Heidegger: “Compreendemos a palavra ‘Ser’ e com ela todas as suas variações, ainda que tal compreensão pareça indeterminada. O que compreendemos, o que se manifesta, de algum modo, na compreensão, dele dizemos, que tem um sentido. O Ser, porquanto é simplesmente compreendido, tem um sentido. Fazer a experiência e conceber o Ser, como o que mais é digno de ser posto em questão (*das Fragwürdigste*), inquirir, portanto, o Ser propriamente, não significa outra coisa do que investigar o sentido do Ser.” *In: Introdução à metafísica, op. cit.*, p. 110.

²⁵⁷ Segundo Gadamer, “A compreensão não se satisfaz então no virtuosismo técnico de um ‘compreender’ tudo o que é escrito. É, pelo contrário, uma experiência autêntica, isto é, encontro com algo que vale como verdade.” *Op. cit.*, 706. Por sua vez, Heidegger afirma: “A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão. De acordo com o fluxo dessa análise preparatória da presença cotidiana, investigaremos o fenômeno da interpretação na compreensão de mundo, ou seja, na compreensão imprópria e isso no modo de sua autenticidade.” E continua: “A circunvisão descobre, isto é, o mundo já compreendido se interpreta.” *In: Ser e Tempo, parte I. Op. cit.*, p. 204-205.

²⁵⁸ GADAMER, Hans-George. *Op. cit.*, p. 264

²⁵⁹ Idem, p. 264.

²⁶⁰ Idem.

Em sua obra, *Princípios da teoria geral da ciência*, Fichte²⁶¹ considera que todo conhecimento deriva de um “princípio supremo” unitário, qual seja, a espontaneidade da razão. Tal giro do idealismo crítico kantiano para o idealismo absoluto foi compartilhado pelos que se seguiram, entre eles Schleiermacher e, mais tarde, Dilthey,²⁶² que teve significativa contribuição para o desenvolvimento da hermenêutica, com a introdução da idéia de uma psicologia compreensiva e com a complementação do conceito de “vivência” — base psicológica da hermenêutica.

Emilio Betti resumiu esta tradição idealista da hermenêutica de Schleiermacher a Dilthey.²⁶³ A hermenêutica teológica da época iniciada com a fundamentação de Schleiermacher²⁶⁴ ficou parada em suas aporias dogmáticas.

Uma autêntica mediação entre a exegese histórica e a exegese dogmática foi assentada por Bultmann,²⁶⁵ que vislumbrou na filosofia existencial de Heidegger (*Ser e Tempo*) uma postura antropológica neutra, com possibilidade de servir como uma base ontológica para a autocompreensão da fé. Houve um enriquecimento hermenêutico nesta postura, que consistiu num conceito de pré-compreensão.

²⁶¹ Comenta Gadamer que “também a tese, hermeneuticamente absurda, em que se mete Fichte na sua polêmica contra a interpretação kantiana dominante, segundo a qual ‘uma coisa é o inventor de um sistema e outra, seus intérpretes e seguidores’, assim como sua pretensão de explicar Kant ‘segundo o espírito’, estão inteiramente impregnadas com as pretensões da crítica objetiva”. *Op. cit.*, p. 304.

²⁶² Dilthey mostrou que a hermenêutica teológica desenvolveu-se “a partir da autodefesa da compreensão reformista da Bíblia contra o ataque dos teólogos tridentinos e seu apelo ao caráter indispensável da tradição”. Conforme GADAMER, Hans Georg, *op. cit.*, p. 274.

²⁶³ Conferir em BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1955, cap. II e III.

²⁶⁴ Segundo Gadamer, Schleiermacher entende que as palavras “só podem ser compreendidas adequadamente retrocedendo até a gênese das idéias”. E continua: “o que para Spinoza representa um caso extremo da compreensibilidade, obrigando, com isso, a um rodeio histórico, converte-se, para ele, no caso normal e constitui a pressuposição a partir da qual ele desenvolve a teoria da compreensão. O que ele encontra ‘de mais relegado e em parte até mesmo completamente abandonado’ é o compreender uma série de idéias ao mesmo tempo com um momento vital que irrompe, como um ato que está em conexão com muitos outros, inclusive de natureza diferente”. E segue: “Assim, paralelamente à interpretação gramatical, ele coloca a psicológica (técnica) — e nesta é que se encontra o que ele tem de mais próprio. No que se segue, deixaremos de lado as interpretações de Schleiermacher sobre a interpretação gramatical, que em si mesmas são da maior perspicácia. Elas são primorosas para o papel que a totalidade já dada da linguagem desempenha para o autor — e com isso também para o seu intérprete, assim como para o significado do todo de uma literatura para cada obra individual. Pode ser também — como uma nova investigação do legado de Schleiermacher torna provável —, que a interpretação psicológica, no desenvolvimento do pensamento de Schleiermacher, só adquira paulatinamente sua posição de primeiro plano. Seja como for, essa interpretação psicológica tornou-se realmente determinante para a formação das teorias do século XIX — para Savigny, Boeckh, Steinthal, e sobretudo para Dilthey.” *Op. cit.*, p. 290-292.

²⁶⁵ No dizer de Gadamer: “O próprio Bultmann destaca que toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. A essa pressuposição hermenêutica é que dá o nome de *pré-compreensão*, porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, já que é anterior a ele”. *Op. cit.*, p. 491. (grifado no original)

No tempo em que as idéias de Dilthey e Kierkegaard passam a fundamentar a filosofia existencial, Heidegger caracteriza e acentua a compreensão como o movimento básico da existência que desemboca no conceito de interpretação que Nietzsche havia desenvolvido em seu significado teórico.

Os enunciados da autoconsciência devem questionar-se melhor, no dizer de Nietzsche:²⁶⁶ constituem uma dúvida cujo resultado é a troca do sentido da verdade, de tal forma que o processo de interpretação se converte em uma forma da vontade de poder e adquire um significado ontológico.

Gadamer considera que, no século atual, foi atribuído um sentido ontológico similar ao conceito de historicidade. Segundo o referido autor, a historicidade representa uma condição positivada para o conhecimento da verdade.

A busca dessa verdade fez com que se chegasse a abordagens diferentes na hermenêutica tradicional. Para Gadamer, a hermenêutica jurídica exerce uma evidente função criadora.

Por ser uma disciplina normática e exercer a função dogmática de complementação jurídica, desempenha uma tarefa imprescindível, “porque tem de preencher o hiato entre a generalidade do direito estabelecido e a concretude do caso individual”.²⁶⁷

²⁶⁶ Conforme Habermas: “Com o ingresso de Nietzsche no discurso da modernidade, a argumentação altera-se pela base. Inicialmente a razão fora concebida como autoconhecimento conciliador, depois como apropriação libertadora e, finalmente, como recordação compensatória, para que pudesse aparecer como equivalente do poder unificador da religião e superar as bipartições da modernidade a partir das suas próprias forças motrizes. Fracassou por três vezes esta tentativa de talhar o conceito de razão à medida do programa de um iluminismo em si mesmo dialéctico. Nesta constelação, Nietzsche só tem uma alternativa: ou submete mais uma vez a razão centrada no sujeito a uma crítica imanente — ou abandona o programa na sua globalidade. Nietzsche opta pela segunda via — renuncia a uma nova revisão do conceito de razão e *destitui* a dialéctica do iluminismo. A deformação historicista da consciência moderna, a inundação com conteúdos de toda a espécie e o esvaziamento de tudo quanto é essencial são os principais factores que o levam a duvidar que a modernidade possa ainda criar os seus padrões a partir de si própria — ‘porque nós, os modernos, nada temos que venha de nós mesmos, absolutamente nada’. É certo que Nietzsche aplica mais uma vez a figura de pensamento da dialéctica do iluminismo ao iluminismo historicista, só que agora com o objectivo de fazer rebentar o envólucro de razão da modernidade enquanto tal.” *In: O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 91. (grifo no original)

²⁶⁷ Conferir em GADAMER, Hans-Georg. *op. cit.*, p. 108.

Neste sentido, já Aristóteles, em *Ética a Nicômacos*, delimitou o espaço hermenêutico dentro da teoria jurídica ao abordar o problema do direito natural e o conceito de "epikeia".

Analisando-se a história do direito, particularmente a partir da recepção do direito romano, verifica-se que o problema da interpretação compreensiva está indissoluvelmente ligado ao problema da aplicação — era necessário não apenas entender a dogmática jurídica romana, mas, também, aplicá-la ao mundo cultural moderno.

Com as codificações modernas, a tarefa da interpretação do direito romano, enquanto vigente, converteu-se em problema para a história do direito, tendo a hermenêutica jurídica, à época, ficado subsidiária da disciplina da dogmática do direito, na periferia da jurisprudência.

A relação entre história do direito e ciência normativa é muito complexa para que a história do direito possa substituir a hermenêutica.

Diz Gadamer que a investigação que empreendeu em "Verdade e método" partiu de um âmbito experimental que deve ser qualificado em certo sentido dogmático porque reclama um reconhecimento absoluto e não se pode deixar em suspenso.

Assim, declara que a hermenêutica filosófica chegará a um resultado de que a compreensão só é possível de forma que o sujeito ponha em jogo seus próprios pressupostos. A produção do intérprete forma parte inexorável do sentido da compreensão.

"O intérprete e o texto têm seu próprio horizonte, e a compreensão supõe uma fusão destes horizontes."²⁶⁸ Por isso, a problemática da hermenêutica busca o sentido objetivo, mediado pela história atual.

²⁶⁸ Idem, p. 111.

A realidade fundamental para salvar tais distâncias é a linguagem, que permite ao intérprete atualizar "o compreendido". Em certo sentido, a hermenêutica, vista deste modo, aproxima-se da filosofia analítica, que parte da crítica neopositivista para a metafísica.

"A hermenêutica, enquanto supera a ingenuidade positivista que tem o conceito do fato mediante a reflexão sobre as condições de compreensão (pré-compreensão, prioridade da pergunta, história da motivação de cada enunciado), representa uma crítica à postura metodológica positivista."²⁶⁹

O fato de a linguagem da ciência ter retornado à linguagem da vida cotidiana, das ciências empíricas à exigência do mundo vital, fez com que a hermenêutica, em lugar de se subordinar à lógica, se reorientasse à tradição anterior da retórica com a qual esteve estreitamente ligada.

No âmbito da hermenêutica, pode-se dizer que a linguagem exerce um papel de suma importância — "não se limita a ser mais um meio entre outros, mas guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão."²⁷⁰

Mais do que um fato, a linguagem é um princípio, e sobre ela repousa a universalidade da dimensão hermenêutica. Em todas as criações humanas está presente o sentido, e cabe à hermenêutica descobri-lo.

Afirma Gadamer²⁷¹ que "o conhecimento que o homem tem do mundo está intermediado pela linguagem" e, mais, que "a lingüisticidade de um 'ser-no-mundo' articula todo o âmbito da experiência".

Tem-se como a função mais importante da hermenêutica, enquanto teoria filosófica, a de mostrar que só se pode chamar de "experiência" a integração de todos os conhecimentos da ciência no saber pessoal do indivíduo.

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ Idem, p. 113.

²⁷¹ Idem, p. 114.

O problema hermenêutico adquiriu nova ênfase na esfera da lógica das ciências sociais. Há que se reconhecer que a experiência do mundo supõe sempre a dimensão hermenêutica nas ciências naturais, como demonstrou Thomas Kuhn²⁷².

A partir da postura dessa nova hermenêutica, em que o intérprete tem uma função criadora, apresentam-se novas teorias denominadas de giro lingüístico, onde o conhecimento que o homem tem do mundo está intermediado pela linguagem.

Daí que, dessa constatação, pode-se afirmar que a hermenêutica é filosofia porque não se limita a ser a arte de entender as opiniões do outro — a reflexão hermenêutica implica que, em toda compreensão de algo ou de alguém, se produza uma autocrítica.

A chamada viragem lingüística leva o intérprete, o aplicador da lei, a buscar a compreensão do texto a partir de uma pré-compreensão junto ao significado dos termos da linguagem.

Vê-se, pois, que é da linguagem, da lingüisticidade, que se pode retirar a interpretação do texto para aplicá-lo à realidade da causa que é posta. Ou melhor, necessário, a partir da efetiva filtragem constitucional, a partir da principiologia inscrita ou imanente na Carta Constitucional, apreender-se o real significado do texto, adequando-o ao caso concreto.

E tudo isto deve ser feito quando passamos do estágio de defesa dos simples direitos entre indivíduos para a defesa de direitos de indivíduos frente a esta abstração que os envolve, que é a Administração Pública.

Assim é que, numa visão tradicional, a hermenêutica é método, forma e maneira de aplicação do direito; na nova postura ela aparece como meio de criação da própria norma, porque só após a interpretação é que a norma vale. Há a sua vigência no

²⁷² Como diz Gadamer, “não é necessário pôr em discussão que também nas ciências da natureza podem estar operantes momentos da tradição, por exemplo, sob a forma de que em certas ocasiões preferem-se determinadas orientações de investigação. Porém, a investigação científica como tal não recebe as leis de seu progresso dessas circunstâncias, mas unicamente da lei da coisa que se abre aos seus esforços metódicos”. *Op. cit.*, p. 425.

mundo jurídico, mas a sua validade depende da efetiva aplicação ao caso concreto.

Para elaborar uma hermenêutica de ruptura, o rompimento passa necessariamente pelas concepções metafísico-essencialistas-ontológicas acerca da interpretação.

O giro lingüístico, o lingüístico termo de Rorty²⁷³ passa a considerar a linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, formando uma barreira que dificulta o conhecimento humano de como são as coisas.

Os *slogans* desta virada representam a maneira de que nunca devemos apreender a realidade sem a mediação de uma descrição lingüística.

Diz Rorty que a busca de Platão é vã quando tentou ir da aparência à natureza intrínseca da realidade.

A partir de Herder e de Humbolt,²⁷⁴ os filósofos sugerem que a linguagem constitui a barreira entre nós e a realidade. Daí que os pragmatistas insistiram em romper a distinção entre conhecer coisas e usá-las.

Rorty responde a acusação de que as posturas antiessencialistas seriam uma variante de idealismo lingüístico, dizendo que o fato de que as árvores existem antes não serve para dar resposta à pergunta “o que são as árvores?”.

A passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, segundo Habermas,²⁷⁵ traz vantagens objetivas porque nos tira do “círculo aporético,

²⁷³ Conferir em Rorty, Richard. *El giro lingüístico*. Barcelona: Paidós, 1990. Ver também STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 149.

²⁷⁴ Conforme Gadamer, “Herder não precisou ir muito além da base colocada por Winckelmann e bastou-lhe também reconhecer a relação dialética entre o caráter modelar e o irrepetível de todo o passado, para opor à consideração teleológica da história do *Aufklärung* uma concepção histórica universal do mundo. Pensar historicamente significa agora conceder a cada época seu próprio direito à existência e até mesmo a uma perfeição própria”, e “o classicismo de Wilhelm von Humbolt considera a história como a perda e a decadência da perfeição da vida grega”. Mais adiante, comenta: “Herder e Humboldt aprenderam a ver as línguas como maneiras de ver o mundo. Ao reconhecer a unidade de pensamento e fala, tiveram acesso à tarefa de comparar as diversas maneiras de dar forma a essa unidade como tal”. *Op. cit.*, p. 311 e 586.

²⁷⁵ Refere Habermas que “há variadas maneiras de interpretar esta idéia de história de recepção conforme o grau de continuidade e de descontinuidade que deva ser garantido ou produzido — uma interpretação conservadora (Gadamer), revolucionário-conservadora (Freyer) e revolucionária (Korsch). O olhar que se dirige para o futuro,

onde o pensamento metafísico se choca com o pensamento anti-metafísico”, onde o idealismo é contraposto ao materialismo.

O giro lingüístico (Rorty), a guinada lingüística (Habermas), a reviravolta lingüística ocorreu sob três frentes²⁷⁶:

1) *dos positivistas lógicos*, que sustentam a idéia de que o conhecimento pode ser obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente lingüística. O rigor discursivo passa a ser o paradigma da ciência — sem rigor lingüístico não há ciência. A linguagem absorve todos os sistemas e meios de comunicação, independentemente do material que utilizam. A linguagem, na definição neopositivista, é objeto da semiótica, sendo que, para Saussure, o signo vincula-se de três formas:

- a) sintática — vinculação entre os signos;
- b) semântica — vinculação entre os signos e o objeto designado;
- c) pragmática — vinculação entre o signo e o usuário.

A análise semântica encontra-se tanto no positivismo Kelseniano como no realismo de Alf Ross, bem como no realismo jurídico norte-americano (Cohen)²⁷⁷. A pragmática trata dos modos de significar, dos usos e das funções da linguagem. A análise pragmática extrapola o neopositivismo.

2) *da filosofia de Wittgenstein* — obra “Investigações Filosóficas” e Heidegger — não existe um mundo em si que independa da linguagem. A linguagem passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento.

todavia, vai sempre do presente para um passado que está preso como *pré-história* ao presente de cada um de nós como se fosse a corrente de um destino contínuo. Esta consciência tem dois elementos constitutivos: um é o vínculo de um processo contínuo de transmissão cultural em que está incorporado além do mais o acto revolucionário, vínculo característico da história da recepção [Wirkungsgeschichte], o outro é o papel dominante do horizonte de expectativa num potencial de experiências históricas a adquirir”. *Op. cit.*, p. 24. Mais adiante, continua o autor: “uma vez que nega ambas as coisas, Derrida pode analisar todos os discursos segundo o modelo da linguagem poética e fazer como se, em geral, a linguagem fosse determinada pelo uso poético e especializado na descoberta do mundo. Deste ponto de vista a linguagem como tal converge com a literatura ou com o ‘escrever’. *A estetização da linguagem, que é resgatada ao preço da dupla negação do sentido próprio do discurso normal e poético*, explica também a insensibilidade de Derrida perante uma polaridade repleta de tensões entre a função poética e descobridora do mundo e as funções prosaicas e intra-mundanas da linguagem, a que faz justiça um esquema modificado das funções de Bühler. *Op. cit.*, p. 194. (grifo no original)

²⁷⁶ Sobre o tema, conferir em BLANCO, Carlos Nieto, *La conciencia lingüística de la filosofía*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. Ver também HABERMAS, Jürgen, *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990; RORTY, Richard, *El giro lingüístico*. Barcelona: Paidós, 1990; e STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 149.

²⁷⁷ Conforme STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 150.

“Pretender uma exatidão lingüística é cair numa ilusão metafísica.”²⁷⁸ No uso do folclore, o que se fixa em nós é o modo de sua utilização na construção da frase. É correto o emprego da palavra que é aceita pela comunidade lingüística que a emprega. Wittgenstein não separa a linguagem da práxis social²⁷⁹. A linguagem pertence ao homem — onde há homem há linguagem. No plano da semântica, os problemas só se resolvem quando ela atinge uma dimensão pragmática.

3) *desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária*,²⁸⁰ que tem Austin como seu melhor representante. Austin, em sua análise da linguagem, pretende “estabelecer o terreno em que a filosofia se articula e, assim, configurar o procedimento que lhe é próprio”.²⁸¹ Esta filosofia tenta compreender a linguagem a partir do contexto sócio-histórico, que gera os pressupostos possibilitadores dos atos da fala.

A filosofia da linguagem ordinária passa a dar ênfase à pragmática e ela se aproxima da hermenêutica, já que ambos explicitam o contexto intersubjetivo, que gera o sentido. Assim, o processo hermenêutico deve ser um devir. Interpretar é dar sentido. O Direito deve ser compreendido como textos que permanentemente reclamam sentido. E esse processo é inexorável. Dentro dessa realidade, o intérprete fala de um lugar não-histórico e atemporal.

²⁷⁸ Idem, p. 153.

²⁷⁹ De acordo com Lenio Streck, “Wittgenstein supera a metafísica, o essencialismo e a teoria tradicional da significação. Isto fica claro porque, para a semântica tradicional, a significação de uma palavra dependia de sua ordenação-objetiva, mesmo que os objetos não fossem necessariamente entidades concretas”. *Op. cit.*, p. 154. Ver também WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.

²⁸⁰ Sobre o tema, informa Lenio Streck que “enquanto no neopositivismo a temática central era lingüístico-semântico, em especial em Carnap e Frege, em uma segunda dimensão a linguagem passou a ser vista como instrumento de comunicação e de dominação social”. E continua: “assim, com Wittgenstein, Austin e Searle, houve mudança no paradigma em filosofia, quando a problemática central se volta para a linguagem como ação de uma filosofia pragmática da linguagem. Leva-se em consideração a dimensão pragmática do discurso ligado a ações coletivas, intersubjetivas, mesclando atos de linguagem e práticas (ações)”. *Op. cit.*, p. 155. Ver também WARAT, Luis Alberto, *O direito e sua linguagem*, Port Alegre, Fabris, 1995.

²⁸¹ Ver STRECK, Lenio, *op. cit.*, p. 156. A esse respeito, comenta o autor que “*neste sentido, a tese de Austin é semelhante à de Wittgenstein das Investigações, é dizer, a linguagem é essencialmente ação social, sendo a linguagem o horizonte a partir de onde os indivíduos exprimem a realidade*”. (grifo no original) Mais adiante, continua Lenio Streck: “Assim, de nenhum modo se pode considerar a linguagem ordinária algo sacrossanto e intocável, diz Austin. A linguagem é um meio heurístico indispensável para nosso conhecimento da realidade, sendo, por necessário aperfeiçoá-la” (p. 157).

7.1.2. Hermenêutica tradicional

Carlos Maximiliano, que dentro de nossa cultura jurídica foi um dos pioneiros em se preocupar com a aplicação dos textos legais aos casos concretos, salientou que a hermenêutica não se confunde com a interpretação. Diz que aquela é a teoria científica da arte de interpretar, afirmando que “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance do Direito”.²⁸²

Tanto em valor histórico como na sempre presente busca de aplicar o bem interpretado, pode-se dizer que a postura tradicional hermenêutica é aquela que busca classificar métodos eficientes, enclausurando, muitas vezes, outros fatores e valores tão necessários para fazer o que diz o bom direito — aplicar as normas com justiça.

É que a hermenêutica contemplada a partir do paradigma clássico, bem reproduzido pela Escola da Exegese, restringe a atividade judicial, por meio de seus métodos de interpretação, a mera subsunção da norma ao caso concreto, numa reprodução mecânica de seu sentido em que não há qualquer espaço para a criação. Entretanto, não há como negar a liberdade de criação do intérprete, porque, como bem coloca Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, “isso equivaleria a negar a sua própria humanidade”²⁸³ e, já que “pensar é criar; hermenêutica é cultura e, portanto, obra humana”.²⁸⁴ Aliás, nesse sentido, pertinente a advertência realizada por Paulo Bonavides de que a hermenêutica tradicional não foi feita para ser aplicada aos direitos fundamentais, tendo em vista que estes, em geral, simplesmente não se prestam à interpretação, mas sim à concretização:

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam, concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido.

Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e

²⁸² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 4.

²⁸³ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 269.

²⁸⁴ Idem, p. 268.

histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica.²⁸⁵

Há, pois, que se estabelecer que, na busca da aplicação dos textos previdenciários que dizem especificamente com direitos sociais, a compreensão do presente, da atualidade que deve ser conferida ao texto a ser aplicado, a ser entendido, deve passar por uma presença do intérprete, por uma valoração do pretendido direito frente aos objetivos e princípios constitucionais. Não há porque deixar de referir que essa interpretação é sistemática, axiológica, hierárquica e teleológica, enquanto método e forma a ser utilizada,²⁸⁶ bem como que está fincada na pré-compreensão do estar aí no mundo, como quer Lenio Streck — porque uma não afronta a outra; ao contrário, apontam novos horizontes àquele cuja atribuição é a de construir o direito para o caso concreto.²⁸⁷

²⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 1999. pág. 545. (grifei)

²⁸⁶ Segundo Juarez Freitas, “toda a perquirição empreendida parece revelar a *necessidade de se robustecer uma formação consciente e séria do intérprete jurídico para a suma tarefa ético-jurídica que consiste em, diante das antinomias, alcançar o melhor e o mais fecundo desempenho da interpretação sistemática em todos os ramos, com o escopo de fazer promissora a perspectiva de um Direito que se confirme dotado de efetiva coerência e de abertura. Em derradeiro, um Direito visto, ensinado e aplicado como o lúdimo sistema normativo do Estado Democrático*”. *Op. cit.*, p. 205. (grifo no original)

²⁸⁷ Nas palavras de Eros Grau, “porque a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação* (Gadamer 1991/401), o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a *aplica*. *Interpretação e aplicação* não se realizam automaticamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado (Gadamer 1991/397). Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação (Mari 1991/236). *Interpretação e aplicação* se superpõem”. *Op. cit.*, p. 154. (grifo no original)

CAPÍTULO VIII – UMA NOVA POSTURA HERMENÊUTICA

Aos filósofos da antigüidade foram-se sucedendo teólogos, sociólogos, jusfilósofos, na procura de extirpar dogmas ultrapassados, quebrando paradigmas a fim de que a pureza do texto posto fosse concretizada na aplicação de acordo com a realidade e com o mundo humano de suas épocas.

Todo e qualquer objeto pode ser visto e descrito de várias maneiras, de vários ângulos, por diversas pessoas que vão fazer de suas idéias a exteriorização do conceito do objeto conhecido.

Se assim é, quando se está a descrever um óleo, o pôr-do-sol, a montanha, a multidão nas ruas, muito mais ocorre quando se necessita representar, entender e transmitir comandos abstratos consubstanciados em regras jurídicas.

É, portanto, ponto de invencível força tudo o que envolve a interpretação das leis, a hermenêutica jurídica, a exegese dos textos.

Diz Eros Grau, com maestria, que “na interpretação do texto o intérprete pode “levar à transformação do direito”.²⁸⁸

É, pois, de fundamental importância buscar-se a delimitação do que aqui será tratado, em face da amplitude histórica e dos vários campos do que seja hermenêutica.

²⁸⁸ GRAU, Eros. *Op. cit.*, p. 16. Afirma o autor: “Posso, exemplificativamente, descrevê-lo como sistema de normas que regula — para assegurá-la — a preservação das condições de existência do homem em sociedade. Mas, de outra parte, posso descrevê-lo, exemplificativamente, também, desde uma perspectiva crítica, introduzindo, então, a velha questão, do *expositor* e do *ensor* (crítico) do direito, daquele que explica o direito, tal como o entende, e daquele que indica o que *crê deva ser* o direito — a separação entre o que *é* e o que *deve ser* o direito (Bentham). Afirmaremos, então, que necessitamos mais de *censores, críticos* do direito, do que de

Apenas, numa visão panorâmica para introduzir o tema, tem-se como necessário traçar a definição, ou melhor, o limite do que seja hermenêutica.

E tudo isto ficou antes delimitado sob o entendimento de que a hermenêutica é nova postura necessária para atender os reclamos que dizem com o controle de constitucionalidade.

A partir do entendimento de que direito é o objeto da ciência do direito, que descreve, é descritiva, enquanto o direito prescreve, não descreve, tem-se que o direito é normativo.

Como ensina Eros Grau.²⁸⁹

Ainda quando um texto normativo descreve uma coisa, estado ou situação, é prescritivo. Ele descreve para prescrever que aquela é a descrição do que cogita.

A ciência que o estuda e descreve não é, no entanto, normativa. É, enquanto ciência, descritiva.

Impõe-se distinguirmos, assim, a ciência do direito e seu objeto, o direito. A primeira descreve — indicando como, por quê e quando — este último.

Essa distinção é de importância fundamental, e inúmeras vezes deixam de percebê-la os estudiosos do direito. Por isso se perdem, também inúmeras vezes, esses estudiosos em raciocínios contraditórios e equivocados. Um dos temas, por exemplo, para cujo tratamento é basilar a distinção é o referido aos princípios. Há que ter bem distintos, porque diversos são entre si, os princípios do direito e os princípios da ciência do direito.

Várias, pois, são as hipóteses. O intérprete opta entre muitas, de acordo com os princípios da teoria que assume, “pois a interpretação é convencional. Não possuindo realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistente uma interpretação objetivamente verdadeira (Zagrebelsky 1990/69).”

A partir dessas premissas, em sendo o sistema jurídico um sistema aberto,

meros *expositores* dele — no que também a afirmação de que os juristas em regra se limitam a interpretar o direito de diferentes maneiras, mas o que importa é *transformá-lo*.” (grifo no original)

²⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 30.

não fechado, “aberto no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica”,²⁹⁰ daí a importância e a necessidade de se adotar uma nova postura hermenêutica, bem colocada por Lenio Streck, ao afirmar que:

(...) essa (nova) hermenêutica, rompendo com a idéia de subsunção do caso sob uma regra que lhe corresponde e da possibilidade da autonomia do texto, deve ser vista não como um emaranhado sofisticado de palavras, mas, sim, como uma ferramenta metateórica e transmetodológica a ser aplicada no processo de desconstrução do universo conceitual e procedimental do edifício jurídico, nascido no paradigma metafísico, que o impediu (e continua impedindo, ao abrigo do paradigma epistemológico da filosofia da consciência) de submetê-lo às mudanças que há muito tempo novas posições teóricas — não mais metafísicas — nos põem à disposição. Hermenêutica é experiência. É vida! É este o nosso desafio: aplicá-la no mundo da vida!²⁹¹

Por isso, é imprescindível, a fim de se conferir vida e efetividade aos direitos abstratamente previstos em sede constitucional, como propõe Lenio Streck, abandonar, o juiz, a postura de distanciamento em relação ao contexto no qual ele está inserido, vive e participa, apregoada pela hermenêutica tradicional e pela dogmática jurídica.²⁹² Com efeito, a hermenêutica e a dogmática jurídica partem do paradigma da filosofia da consciência, que, por sua vez, parte “da noção de conhecimento como relação entre pessoas (sujeitos) e objetos, quando, na realidade, deve-se partir da relação entre pessoas (atores sociais) e proposições”.²⁹³

Eros Grau, ao conceituar interpretação, diz que “a interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições (Zagrebelsky 1990/68 e ss.; Grau 1995/5-7). Por isso as normas resultam da interpretação.”²⁹⁴

²⁹⁰ Idem, p. 19.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.* p. 262-263.

²⁹² Consoante Lenio Streck: “Isso ocorre porque, inserido nessas crises, o jurista (ainda trabalha/opera com os conceitos advindos da (velha) hermenêutica clássica, vista como pura técnica (ou ‘técnica pura’) de interpretação (*Auslegung*), onde a linguagem é entendida como terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido/apreendido. Há, pois, sustentando essa crise, **uma interpretação que opera o encobrimento do acontecer** propriamente dito do agir humano, objetificando-o na linguagem e impedindo que se dê na sua originariedade.” *Op. cit.* p. 272-273. (grifo no original).

²⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.* p. 80.

²⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 32.

Mais adiante, este mesmo autor assim assevera:

Interpretar não é apenas compreender. A interpretação consiste em mostrar algo: ela vai 'do abstrato ao concreto, da fórmula à respectiva aplicação, à sua 'ilustração' ou à sua inserção na vida' (Ortigueus 1987/220; na interpretação dos fatos, ao contrário, vai-se do concreto ao abstrato, da experiência à linguagem). A interpretação, pois, consubstancia uma operação de mediação que consiste em transformar uma expressão em outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica. Da interpretação do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de poder, ainda que o intérprete compreenda o sentido originário do texto e o mantenha (deva manter) como referência de sua interpretação (Gadamer 1991/381).²⁹⁵

E, nesse passo, é relevante proceder à diferenciação tão bem-elaborada por Eros Grau entre “interpretar para aplicar” e “interpretar para criar”. É que a interpretação criadora da lei para o caso concreto só pode partir do juiz e ser por ele concretizada, porque, segundo ensina Kelsen, o juiz é o único intérprete autêntico dos textos e disposições legais.²⁹⁶ Já a interpretação/aplicação do direito, qualquer pessoa pode fazê-la,²⁹⁷ no sentido de que conforme o exemplo atribuído a Carnelutti por Eros Grau: “o homem faminto que, ao passar por uma barraca de frutas, não arrebatou uma maçã nada mais faz do que, tomando uma decisão jurídica, interpretar/aplicar o direito. Nesse caso, no entanto, a interpretação/aplicação do direito é procedida para evitar conflitos, ou produz a sua instalação — não para solucionar um litígio.”

É que, somente a partir de uma interpretação criativa, o direito é avaliado criticamente e é capaz de produzir transformações em si mesmo e no mundo.

²⁹⁵ Idem, p. 154.

²⁹⁶ Nesse sentido, afirma Eros Grau: “Kelsen (1979/469 e ss), como observei, distingue a ‘interpretação autêntica’ feita pelo órgão estatal aplicador do direito, de qualquer outra interpretação, especialmente a levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. É este ato de vontade (a escolha) que peculiariza a interpretação autêntica. Ela ‘cria direito’, tanto quanto assuma a forma de uma lei ou decreto, dotada de caráter geral, como quando, feita por um órgão aplicador do direito, crie direito para um caso concreto ou execute uma sanção. As demais interpretações *não criam direito*. Apenas o *intérprete autêntico* é revestido do *poder de criar* as normas jurídicas.” *Op. cit.* p. 154. (grifo no original).

²⁹⁷ No dizer de Eros Grau: “*também os que não preenchem os requisitos do intérprete autêntico* (os que não são juízes) interpretamos/aplicamos o direito.” *Op. cit.*, p. 32. (grifo no original)

Daí que a interpretação jurisprudencial é parte do direito por excelência e cria a norma para o caso concreto. Tanto é assim que, como bem assevera Lenio Streck, “pelo processo interpretativo, o jurista ‘não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político. Nesse contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete”.²⁹⁸

Por fim, explica este mesmo autor que:

Isto, à evidência, não implica entender que a Constituição (seu texto) tenha que ter ‘um sentido’, mas, sim, que haja ‘um sentido de Constituição’. O importante — e aqui parafraseio Castanheira Neves — não está em saber o que é a Constituição (ou o Direito) em si (afinal, pretender ver o ente como o ente é ‘tarefa’ da metafísica), mas, sim, o importante é saber o que dizemos quando falamos da Constituição e do Direito, o que queremos dizer com, ou que significado tem as expressões lingüísticas com que manifestamos e comunicamos esse dizer sobre a Constituição e sobre o Direito.

Juarez Freitas, repensando a tarefa de interpretar textos jurídicos, dispõe que a interpretação de julgados há de ser sistemática, hierarquizadora e finalística. Presente, portanto, também em Juarez Freitas, a necessária sistematicidade do ato de interpretar sempre com um “*imperativo principiológico que imprime unidade sistemática aos fins jurídicos*”.²⁹⁹

Chega o autor a afirmar que “a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”.³⁰⁰

Colocadas essas premissas, tem-se, por óbvio, a necessidade de que tais comunicações, tais expressões, quer de poder, quer dos anseios, quer das vontades individuais ou gerais, fossem entendidas para que pudessem ser providos os meios capazes de resolver os litígios, entender os desejos, solucionar os impasses.

Daí a inevitável e imprescindível interpretação dos fatos e sinais como

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 80.

²⁹⁹ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 196. (grifo no original)

³⁰⁰ *Idem*, p. 56.

também, a partir da organização social, **a interpretação de textos que normatizam condutas, prescrevendo-as ou as proibindo.**

Nesta aparente dicotomia de tantas teorias, vislumbra-se claramente que o ponto nodal para a questão de interpretação do texto apresenta várias faces com a busca de novos paradigmas para que, de forma científica, se explique todo o raciocínio elaborado que finaliza na aplicação da lei ao caso posto. Caminho este que parte sempre das marcas indelévels das convicções pessoais que não podem olvidar que a tarefa precípua do intérprete é de retirar do “senso comum teórico” aqueles dogmas que permaneceram íntegros no tempo, que não se chocam com a realidade vivida, com o tempo presente da lide, e, sim, sem desmanchar este conhecimento haurido a partir da própria vivência, utilizar as ferramentas postas pelos pensamentos pós-modernos, que dizem com a integração do conhecimento do que está no mundo. Há, pois, sem dúvida alguma, pontos de convergência e pontos de divergência nas formas teorizadas do ato de construir ou de criar a norma. São convergentes quando demonstram a firme convicção de que, para a efetivação do Estado Democrático de Direito, necessária ao intérprete a busca de princípios maiores, imanentes ou escritos na Constituição para ou fazer uma “exegese sistemática hierarquizada”, ou exercitar uma filosofia de hermenêutica, ou explicar pela filosofia analítica o fenômeno da interpretação.

Divergem, no entanto, na explicação da própria trilha deste conhecimento, que, para Warat, é só um meio de linguagem e do significado dos termos em que se fará a criação, porque “hermenêutica é ato criativo”.³⁰¹ A grande importância dos juristas

³⁰¹ A este respeito, comenta Lenio Streck: “É como o conceito de sentido comum teórico dos juristas, cunhado por Warat: o agir dos juristas, o modo-de-fazer-Direito dos juristas é(ra) assim, está(va) lá nas brumas do imaginário dos juristas, independentemente de Warat tê-lo dito (e continuar a dizê-lo); porém, é a partir de seu *ingresso-no-mundo*, é dizer, a partir de sua apreensão *como (etwas)* sentido comum teórico (sentido comum teórico nomeado como *(etwas)* sentido comum teórico), passou a servir de elemento de crítica e transformação do pensamento/visão de mundo dos juristas e, conseqüentemente, de sua prática cotidiana”. *Op. cit.*, p. 250. (grifo no original). Conferir também WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 15. Afirma o referido autor: “Enfim podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, eles rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível — o ‘senso comum teórico dos juristas’ — no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder.” E segue: “Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações

atuais, aqueles que a partir dos anos 70 buscam esgrimir as antigas teses da filosofia da consciência, é a ruptura com os paradigmas anteriores, buscando uma visão de mundo sempre aberta, em cuja sabedoria o intérprete, “estando no mundo”, constrói a norma a partir da defesa de princípios maiores que regem a busca ininterrupta de justiça.

Impossível não se posicionar, neste momento, de uma forma um tanto eclética, mista, sem os radicalismos dos grandes inovadores, porque se entende que se deva utilizar todo o ferramental que está na doutrina, apropriar-se de formas, de maneiras, a fim de que o direito pleiteado seja mais pronta, efetiva e eficazmente definido e determinado.

8.1. A hermenêutica superando as crises

A partir do entendimento de que há necessidade de uma filtragem constitucional, mister que se examinem e se integrem as próprias regras e princípios da Constituição ao total do sistema para se aferir da supremacia dos princípios gerais sobre princípios específicos e demais regras.

Para José Afonso da Silva, os princípios distinguem-se das normas, porque enquanto aqueles constituem o cerne e o fundamento de todo o sistema, sendo “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”,³⁰² essas são “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.³⁰³

que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.”

³⁰² Ainda, sobre os princípios, refere o autor que: “são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.” *In: Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 96.

³⁰³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 95.

Já para Gomes Canotilho regras e princípios inserem-se no gênero de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas.³⁰⁴

E dentre os princípios constitucionais positivos encontram-se, na dicção de Gomes Canotilho, dois grandes agrupamentos, quais sejam, os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais. Os princípios político-constitucionais normalmente se manifestam, conforme José Afonso da Silva, como “princípios constitucionais fundamentais”,³⁰⁵ e, em síntese, dizem com a determinação da forma e da estrutura do Estado, com a estrutura do regime político e com as características referentes à forma de governo e organização política em geral.³⁰⁶ Os princípios jurídico-constitucionais, por sua vez, informam o ordenamento jurídico como um todo e, segundo José Afonso da Silva, de regra, derivam e são desdobramentos dos princípios fundamentais. De acordo com Gomes Canotilho, constituem “um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.³⁰⁷

³⁰⁴ Nas palavras do autor português: “Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos. a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) *<Proximidade> da ideia de direito*: os princípios são <standards> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <justiça> (Dworkin) ou na <ideia de direito> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. In: *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1086-1087. (grifo no original)

³⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 97.

³⁰⁶ Nas palavras de Gomes Canotilho: “Designam-se por princípios politicamente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o cerne político de uma constituição política, não admirando que: (1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político. *Op. cit.*, p. 1091-1092.

³⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1090. Explica este autor que os princípios jurídico-fundamentais (Rechtsgrundsätze) desempenham dupla função — negativa e positiva — na aplicação do direito positivo. Um dos exemplos a que se refere como desempenho de função negativa é a delimitação do excesso de poder a partir do princípio da proibição do excesso, o qual igualmente pode ser utilizado numa função positiva no momento em que impõe positivamente a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins a que eles se destinam.

Daí a grande importância do julgador, o papel da jurisprudência como efetiva fonte de direito porque não há reprodução nas criações da norma para o caso concreto. Há que haver a compreensão, pelo intérprete, de que não está completamente imune a preconceitos, mas que necessita dirigir-se ao mundo no qual o texto será aplicado.

Tem-se visto até aqui que a força normativa da Constituição, neste parâmetro, é fundamental para o desenvolvimento do próprio controle de constitucionalidade, na medida em que, quanto mais intensa esta vontade, maior a possibilidade de concretização da própria Constituição. Mas isto, como bem salienta Konrad Hesse, não pode passar por cima das particularidades. É a partir desta análise e deste entendimento que se examina o poder concedido pelo texto constitucional brasileiro ao Poder Judiciário, ou seja, a jurisdição dita constitucional.

Muito tem sido escrito e muito tem sido agregado à chamada teoria contemporânea do constitucionalismo, em que regras e princípios são, muitas vezes, definidos, conceituados de forma atécnica, sem a necessária cientificidade e sem que se procure demonstrar como e de que maneira se podem concretizar e efetivar aqueles comandos que enfeixam princípios elevados à categoria de fundantes da ordem jurídica.

É que, muitas vezes, na busca frenética de construções novas, escapa-se da verdadeira dimensão do que seja determinado ordenamento jurídico, para que serve, quais seus destinatários e qual sua razão própria de ser.

Isto só será superado quando confluírem e convergirem operadores do direito à descoberta de que necessária uma compreensão da realidade social que cerca e envolve dada sociedade ordenada por sua própria ordem jurídica, a fim de que se afirme que só com a interpretação-aplicação, torna-se capaz a concretização de uma justiça social, torna-se capaz o desvelamento do sentido do texto jurídico.

Nada mais efetiva que a constatação de que os pensamentos de Heidegger e de Gadamer³⁰⁸ em suas lições filosóficas podem ser apropriados pelo operador do direito. É neste campo da ciência jurídica que tudo o que foi criado ou reelaborado por estes filósofos encontra, nas atribuições do aplicador do direito, o lugar privilegiado, o campo por excelência para a efetivação, com esta postura, da hermenêutica jurídica. Nas palavras de Lenio Streck, a dogmática jurídica, o sentido comum teórico é metafísico e faz esquecer o ser do Direito; isto é, não se pensa a diferença entre ser e ente.³⁰⁹

Ou seja, é a partir desses pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão, que o jurista fala o Direito e do Direito. Falará a partir de sua situação hermenêutica, que implica num círculo hermenêutico, isto porque toda explicitação tem sua aquisição prévia e sua antecipação. Dito de outro modo, quando o operador do Direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu 'desde-já-sempre', o já-sempre-sabido sobre o Direito, enfim, como o Direito sempre-tem-sido (é como ele 'é' e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado cotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e predado!) por esse habitus, que é, assim, o véu do ser do Direito!

Já Heidegger, ao perguntar sobre o que é a filosofia, na procura do sentido oculto do texto, acena para a questão da diferença ontológica que vai encontrar resposta na análise da diferença e da identidade. As três questões se interligam e vão formar o círculo que aponta para uma universalidade de atitude filosófica.

A obra de Heidegger demonstra esta busca incessante de quebra de paradigmas e de desconstrução de conceitos para chegar ao conhecimento do que é o ser que só pode conhecer porque inserido no mundo. Em face da finitude do ser, o ente aparece no ser, velando-se, revelando-se e desvelando-se.

A atitude filosófica, o estudo filosófico de qualquer proposição, de qualquer fato, é sempre feito a partir de uma postura filosófica, isto é, impossível que se

³⁰⁸ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 9.ed. Petrópolis: Vozes, 2000. v. 1; GADAMER, Hans-George. **Verdade e método; traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

³⁰⁹ STRECK, Lenio. A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da Constituição: A tarefa de uma nova crítica do Direito. IN: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz & BOLZAN DE MORAIS. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: UNISINOS - Centro de Ciências Jurídicas, 2000. p. 108.

apreenda o dado fato sem que se o faça já manifestando uma pré-compreensão que representa toda a bagagem que temos, porque somos seres no mundo. Daí a importância dos fatores históricos, dos elementos fáticos, das relações atuais.

De outro lado, ressuscitando a questão do ser e ultrapassando toda a metafísica precedente, ganha Heidegger uma posição fundamentalmente nova, já que “compreender é o caráter ôntico original da própria vida humana”.³¹⁰ Assim, “a compreensão é o modo de ser da pré-sença na medida em que é poder-ser e possibilidade”.³¹¹

A questão central da filosofia de Heidegger vem exatamente desta constatação de que compreender é compreender-se e de que o ente revela-se no ser dentro de circunstâncias históricas, o que leva a uma provocação à hermenêutica tradicional, já que, ao fim e ao cabo, interpretar é síntese, porque a única verdade que se pode alcançar é a verdade hermenêutica; ou seja, a linguagem não se separa do sujeito e é ela própria que dá sentido ao que se pode conhecer - e só é possível conhecer a partir do eu aí no mundo. Não mais se fala de um lugar distinto do sujeito sobre um objeto, e sim o próprio sujeito interage no objeto que se conhece, porque existe sempre esta constatação da facticidade; isto é, o que transmito, o que conheço é a expressão do que já estava compreendido e passa a ser desvelado. No campo específico dos textos jurídicos, esta compreensão de expressões refere-se ao entendimento imediato do que está na expressão, mas também abarca o descobrimento do que há para além da interioridade oculta, de maneira a propiciar se conheça este oculto.

A análise do mundo da vida e da “fundação anônima de sentido” proporcionou a Heidegger um contexto novo no qual, segundo o entendimento de Gadamer, a constituição do mundo científico propõe uma tarefa nova.³¹²

(...) O círculo não deve ser degradado a círculo vicioso, mesmo que este seja tolerado. Nele vela uma possibilidade positiva do

³¹⁰ GADAMER, Hans-George. **Verdade e método; traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 393.

³¹¹ Idem, *ibidem*, p. 392.

³¹² Idem, *ibidem*, p. 401.

conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendido de modo adequado, quando a interpretação compreendeu que sua tarefa primeira, constante e última permanece sendo a de não receber de antemão, por meio de uma “feliz idéia” ou por meio de conceitos populares, nem a posição prévia, nem a visão prévia, nem a concepção prévia (Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff), mas em assegurar o tema científico na elaboração desses conceitos a partir da coisa, ela mesma.

E segue:³¹³

Face a isso, a descrição e a fundamentação existencial do círculo hermenêutico, devidas a Heidegger, representam uma mudança decisiva. É claro que a teoria da hermenêutica do século XIX falava da estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de seu reflexo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Segundo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos, e quando a compreensão dos mesmos se completa, ele é suspenso. (...) Heidegger, pelo contrário, descreve esse círculo de uma forma tal que a compreensão do texto se encontre determinada, continuamente, pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. O círculo do todo e das partes não se anula na compreensão total, mas nela alcança sua mais autêntica realização. (...) O tempo já não é mais, primariamente, um abismo a ser transposto porque divide e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. (...) Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.

É por este motivo que Ernildo Stein³¹⁴ salienta que o núcleo do paradigma de Heidegger será construído a partir da idéia de que o determinante vem do “Dasein” como um modo-de-ser no mundo:

Esse modo-de-ser no mundo é o cuidado, a cura ou, então, a preocupação, que é o ser do ser-aí. Ele é dotado, por sua vez, de temporalidade que é o sentido do ser do ser-aí. Somente a partir da temporalidade (Zeitlichkeit) como sentido do ser do ser-aí se podem pensar as coisas no tempo, mas numa temporalidade (Temporalität) que se deriva da temporalidade com características existenciais. No entanto, isso se dá no espaço em que acontece o Dasein, em que acontece o ser-aí. A própria idéia do Dasein, do ser-aí, do aí, significa que ele está limitado, que ele está finitizado, finitizado no mundo. Heidegger dirá que o Dasein é futuro-passado-presente, no

³¹³ Idem, ibidem, p. 445.

³¹⁴ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 57.

sentido de que ainda que ele se agarre ao presente, nesse presente já sempre está implícita a idéia da facticidade à qual se liga a idéia de hermenêutica. A idéia de futuro não é o futuro no qual vamos morrer, onde terminamos, etc... Mas é o futuro que nos move agora no presente, por isso o Dasein é ser-para-a-morte enquanto ser-no-mundo.

O sentido do ser é respondido por Heidegger como sempre sendo a partir do ser aí; estando nisto incluída a idéia de temporalidade e de finitude. Só o ser humano pode pensar-se. Daí seu intelecto é infinito, mas finita a sua condição no mundo. O sentido, então, é justamente a temporalidade, a historicidade e a condição de possibilidade de ser no mundo. Somos, desta forma, futuro, passado e presente num único movimento, um adiante-de-nós, já-no-mundo, junto-das-coisas. Essa tríplice dimensão do cuidado, ligada à tríplice dimensão da estrutura da temporalidade, é que dará a Heidegger o conceito fundamental de finitude. O ser humano “é um ser possível (poder-ser), ele não é um ser efetivo, ele é um poder-ser. Enquanto ser-para-a-morte, e enquanto facticidade, ele já é sempre determinadas possibilidades. O passado é uma possibilidade que já foi. O futuro, o ser-para-a-morte, é a última possibilidade ou a impossibilidade de qualquer nova possibilidade.”³¹⁵

Partindo, assim, do entendimento ou da certeza única que só conhecemos, porque estamos no mundo, somos finitos, temporais e históricos, é que podemos levar essa filosofia heideggeriana para a interpretação e aplicação dos textos jurídicos. Daí a importância de se estar ciente e consciente de que há uma pré-compreensão, que não se pode confundir com preconceitos ou com dogmas inexplicados, e sim como pré-conceitos que sempre existiam a partir do momento em que estamos em determinado lugar, em determinado círculo social, em determinada sociedade organizada, em determinado Estado de Direito.

Por isso a filosofia sem aplicação é nada, enquanto que o Direito com filosofia, e porque é essencialmente aplicação, é tudo. Procurando trazer esses raciocínios, esses pensamentos, essas compreensões para os textos jurídicos, vê-se que, sempre que se aplica determinada proposição, se está fazendo hermenêutica e

³¹⁵ Idem, ibidem, p. 57.

criando uma condição de possibilidade para o caso posto; mais que condição de possibilidade, se está criando a própria norma que pré-existe no texto jurídico.

É assim quando chamada a resolver questão que trata de constitucionalidade de determinado texto normativo; esta própria convergência e amalgamento ao texto constitucional só pode ser expressada, quando há a identidade daqueles pré-juízos existentes, mesmo de forma imanente na ordem constitucional posta. O que importa é o sentido, o significado das proposições postas, e isto só é sensível ou capaz de ser conhecido se for desvelado por meio de uma interpretação que busca a atual compreensão daquilo que está aí, junto àquele que, por ser essencialmente um ser no mundo, retira de todo este círculo hermenêutico o sentido do que se está conhecendo, do que se está desvelando.

Demonstra-se, assim, o caráter principiológico da Constituição, o que torna necessária uma incursão pela teoria dos princípios.

Os princípios, em geral, são “núcleos de condensação de valores” – Canotilho³¹⁶. Depende da concepção do intérprete a sua maior acentuação, a sua maior valia, a sua fundamentalidade. Daí a grande importância do estudo e do conhecimento destes princípios que regem a interpretação de todo o sistema legal e constituem os parâmetros básicos de uma interpretação.

A compreensão do que seja regra e princípio é ponto nuclear para a tomada desta postura na teoria constitucional que embasa as presentes reflexões.

Regra e princípio são prescrições que se destinam à regulação do comportamento humano. Há sempre um princípio atrás de uma regra.

Os princípios, diferentemente das regras, convivem entre si mesmo quando contrapostos, podendo ser cumpridos em diferentes graus, conforme as possibilidades jurídicas e reais do caso. São norteados por um mandato de

³¹⁶ Cf. GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Lisboa: Almedina, 1999.

otimização, no sentido de que deve ser realizado o máximo possível daquilo que ordenam. Isso faz com que os princípios tenham um caráter *prima facie* e não definitivo, como ocorre com as regras³¹⁷. Assim, Alexy assenta que

*Uma primera propiedad importante que resulta de lo hasta aquí dicho es el diferente carácter prima facie de las reglas y principios. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. Del hecho de que un principio valga un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo há de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.*³¹⁸

Os princípios são normas inspiradoras de um ordenamento jurídico, servindo de base para a ação legislativa e para a própria interpretação das leis. Embora dotados de maior grau de abstração, não estão desprovidos de normatividade. A propósito, Bonavides, após analisar diferentes conceitos de princípio, observa a constância de um defeito capital: “a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.”³¹⁹

Crisafulli, por sua vez, já em 1958, trazia o caráter normativo como nota característica dos princípios, estipulando, neste sentido, que

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas

³¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86.

³¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 99.

³¹⁹ BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 230.

efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.³²⁰

Os princípios são normas-chaves de todo o sistema jurídico e o centro dos critérios valorativos da Constituição e sua superioridade está assente em que deve irradiar efeitos sobre os demais textos.

Tanto Jorge Miranda como Eros Grau entendem que os princípios são necessariamente normativos, informam também um *dever ser*, mas participam da validade das demais normas,³²¹ ou seja, a regra que se contrapõe a um princípio não tem validade. Os princípios são escritos, estão consignados no próprio texto ou podem sê-lo imanescentes, como é o caso do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Os princípios constitucionais são aqueles valores que formam o cerne da Constituição, são as cláusulas pétreas, são os pontos nucleares dos quais emanam e devem ser conformes todas as demais disposições legais ou constitucionais. Os princípios fundamentais são aqueles princípios que foram constitucionalizados pelo legislador e que informam ou devem informar todo o ordenamento jurídico.

Segundo Lenio Streck, existe uma confusão entre “era dos princípios” e a abertura hermenêutica e a necessidade da construção das racionalidades epistemológicas: “é como se as regras estivessem ligadas à subsunção- e com isso se daria razão ao positivismo – e os princípios estivessem ligados às teorias argumentativas”³²² Desta forma, “os princípios desnudam as insuficiências da regra. Afinal, por trás de cada regra há um princípio constitucional.”³²³

³²⁰ CRISAFULLI, V. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milão, 1952. p. 15.

³²¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – Interpretação e Crítica, São Paulo, 1990; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra, 1990. V. 1., t. 2.

³²² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 197-198.

³²³ Idem, p. 232.

As regras vigem, os princípios valem. Vão longe as doutrinas que consagram os princípios a fonte supletiva do direito.³²⁴

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualificativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

De último, essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de juridicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios.

Tais princípios reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas. Prescrevem condutas, embora a generalidade dos princípios seja distinta da generalidade das regras. Carregam os princípios uma série indeterminada de fatos que jurisdicizam. Exemplo: todos são iguais perante a lei, art. 5º da Constituição Federal.

Tais princípios, portanto, na moderna teoria constitucional, se opõem ao conceito de princípios gerais de direito, que eram tidos como fonte supletiva de interpretação da lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

É, pois, esta jurisdição qualificada como constitucional, capaz de efetivar o texto constitucional, afastando os textos contrários a sua substância que será primeiro examinado em suas origens.

A “interpretação conforme” e a “declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto” também devem e podem ser utilizadas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Embora venha sendo utilizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como fundamento para decisões no controle concentrado, são as mesmas

³²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p 265.

técnicas de interpretação da legislação infra-constitucional que desvelam o sentido possível, ou os possíveis sentidos de um comando normativo.

Tais técnicas oriundas do sistema germânico, como bem anota Gilmar Ferreira Mendes,³²⁵ são, na realidade, técnicas distintas do exercício da jurisdição constitucional: “se o Tribunal declara a compatibilidade da norma com uma determinada interpretação, objeto da decisão suscetível de fazer coisa julgada é apenas a constatação de que a norma, naquela interpretação, é constitucional. Eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva serve como advertência (*Warnfunktion*) com vistas a evitar uma possível aplicação inconstitucional da lei.”

Sob tal entendimento, embora venham tais disposições contidas na Lei n. 9.868/99, onde se trata especificamente do exercício de jurisdição constitucional em sua forma concentrada (arts. 1º a 28), tais técnicas ou formas ou institutos (entendido como meio da realização de um poder – poder jurisdicional), podem e devem ser utilizados, como o são, em sede de controle difuso. Ou seja, ao intérprete/aplicador de determinado texto legal cabe-lhe o poder de fazer uma interpretação conforme o texto ou, em verificando apenas uma inconstitucionalidade parcial, porque tal texto aplica-se constitucionalmente a apenas determinadas situações, fazer uma declaração de nulidade parcial, sem redução de texto.

Assim, ante o estudo do princípio da reserva de plenário, apresenta-se questão interessante em saber se, ao utilizar-se uma destas técnicas, incide o artigo 97 da Constituição Federal. Ora, no caso da interpretação conforme, é técnica que declara a inconstitucionalidade, desvela no texto o sentido da Constituição; portanto, também o afasta em outros sentidos. Há, pois, que se falar em necessidade de reserva de plenário já que tal princípio diz com a declaração de inconstitucionalidade. De outro lado, quando se faz necessária a redução de texto por declaração parcial de inconstitucionalidade, também incide o princípio da reserva de plenário, pois se está a afastar para determinadas situações a incidência do texto examinado.

³²⁵ MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 237.

É que, embora legislativamente tais técnicas de exame da constitucionalidade como exercício da jurisdição constitucional estejam ancoradas na Lei 9.868/99, que trata do processamento das ações ditas diretas (controle concentrado do STF), tais recursos – interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – vigem no sistema principiológico da nossa Constituição como instrumentos iminentes para o exercício da jurisdição constitucional em qualquer de suas formas.

Não se pode esquecer que este exercício do poder jurisdicional– de extirpar o que é contra o texto constitucional – só pode ser dimensionado e entendido a partir da posição que aqui se defende de quebra de paradigma normativista-dogmático e tomada de nova postura hermenêutica, capaz de revelar o sentido do texto posto pelo legislador constitucional em atenção à própria existência desta democracia.

A incorporação da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, no sistema alemão, conforme Gilmar Ferreira Mendes, “contém um juízo de desvalor em relação à norma questionada que obriga o legislador, nos termos do art. 1º, III (vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais) e 20, III, da Lei Fundamental (garantia do Estado de Direito e vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Lei Fundamental), a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade.”³²⁶

Enquanto que, na interpretação conforme a Constituição, a decisão busca qual a interpretação compatível com a Constituição. Isto é fundamentado ora pelo princípio da presunção de constitucionalidade, ora pelo princípio da unidade da ordem jurídica: “as leis e normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a Constituição. Dessa perspectiva, a interpretação conforme à Constituição configura uma subdivisão da chamada interpretação sistemática.”³²⁷

³²⁶ MENDES, 1999, p. 212.

³²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 231.

Conforme o mesmo autor, só há uma forma de equiparar-se à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto com a interpretação conforme, salvo se se entendesse que a interpretação conforme é uma modalidade específica de decisão.³²⁸

Ora, admitindo-se a origem do nosso texto legal sobre a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme, no direito alemão, vê-se que os dois institutos não tratam de espécies distintas de decisões da jurisdição constitucional e sim são explicáveis dentro do contexto do nosso sistema jurídico, em atenção com as suas origens, como modos de hermenêutica constitucional, como técnicas adotadas pelo intérprete-aplicador para se afastar o que não revela constitucionalidade no texto, firmando as relações em que tal texto incide ou firmando que esta, a escolhida, é a interpretação constitucional que, desvelada no tempo e no modo que entende ser, está de acordo com o texto constitucional.

Ora, reafirma-se, então, que, no caso brasileiro, o sistema jurídico, sob o entendimento de que sistema aberto e não autopoietico, onde o que importa é a teoria geral do ordenamento jurídico e não a teoria da norma kelseniana; em sede de decisão, no controle difuso de constitucionalidade, quando o intérprete-aplicador não afasta o texto que inconstitucional, fazendo a escolha de qual interpretação não ataca o texto constitucional necessário, também, o julgamento pelo órgão especial ou plenário dos Tribunais (art. 97 da Constituição Federal), há nesta decisão declaração de inconstitucionalidade e não apenas a opção pela interpretação consentânea com os princípios da ordem constitucional vigente.

Do mesmo modo, quando decide por declarar inconstitucional sem reduzir o texto – afasta-se, nesta fórmula, o texto de aplicação em determinadas situações – embora se trate apenas de técnica distinta, apresenta da mesma forma a necessidade da utilização do princípio da Reserva de Plenário.

³²⁸ Idem, p. 237.

No entender de Lenio Streck, embora haja diferenças, tanto a “interpretação conforme a Constituição” quanto a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” são “decisões interpretativas”, no sentido de que³²⁹ “constituem, em *ultima ratio*, uma espécie de decisões em que há um aditamento explícito de sentido ou uma redução de uma das hipóteses aplicáveis ao texto”.³³⁰

“Dizendo de outro modo, *as decisões assim denominadas interpretativas surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se acepções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador.*”

Desta forma, as duas modalidades “*estabelecem correções à atividade legislativa*”³³¹, e são, portanto, soluções não-ortodoxas, longe da clássica função de “legislador negativo”; em qualquer dos dois casos, “está-se elaborando uma decisão que refoge à idéia, própria do paradigma do constitucionalismo liberal, de os tribunais exercerem uma função dicotômica, isto é, declaram a inconstitucionalidade ou rejeitam a ação de inconstitucionalidade”.³³² Isto não implica, contudo, a idéia de que “uma decisão de declaração de inconstitucionalidade também não seja interpretativa pela simples razão de que, para tal, o tribunal estará rejeitando (outros) sentidos possíveis e, desse modo, atribuíveis aos mesmos textos.”³³³

8.2 A hermenêutica e a vinculação entre a forma difusa de controle de constitucionalidade e a manutenção do Estado Democrático de Direito

Ao longo deste trabalho, ao lado de discorrer sobre o controle difuso de constitucionalidade, bem como de sua estreita e vital ligação com a manutenção do Estado Democrático de Direito, visto como um “plus normativo em relação às formulações anteriores”, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma “*adaptação melhorada* das condições sociais de existência”, de tal forma que o seu conteúdo ultrapassa “o aspecto material de concretização de uma vida digna ao

³²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 614-615.

³³⁰ Idem, p. 615.

³³¹ Idem, p. 615.

³³² Idem, p. 616.

homem e passa a agir simbolicamente como fomentador de participação pública quando o *democrático qualifica o Estado o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*³³⁴; busca-se demonstrar a necessidade da manutenção do controle difuso de constitucionalidade como forma de concretização dos direitos fundamentais constitucionais, o que garante a existência do próprio princípio democrático.

Organiza-se tal Estado, portanto, segundo os seguintes princípios³³⁵: a) constitucionalidade; b) organização democrática da sociedade; c) sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; d) justiça social como mecanismo corretivo de desigualdades; e) igualdade, como possibilidade formal e como articulação de uma sociedade justa; f) divisão de poderes ou de funções; g) legalidade como “meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência”; h) segurança e certeza jurídicas.

Discorreu-se e enfrentou-se a realidade dos Tribunais Brasileiros antes elencados, via decisões em casos paradigmáticos, onde houve a obediência ao princípio da reserva de plenário e onde esta não ocorreu, há que se concluir pela necessidade de manutenção deste modelo de controle que permite ao cidadão provocar a jurisdição constitucional para ver seus direitos garantidos. Ainda necessário para a obtenção e concretização dos direitos fundamentais.

No entanto, o princípio da reserva de plenário, como agora dispõe o texto constitucional e vem sendo “condição de eficácia” da decisão do colegiado, conforme demonstrado, com base na doutrina deste constitucionalismo, que serve de fundamento para este trabalho, onde a principiologia dos direitos fundamentais é norte para o desvelamento do próprio texto constitucional, em face do grande número de decisões de órgãos fracionários onde não se perquire sequer em sede de recurso especial a infringência ao art. 97 da Constituição Federal, crê-se que não poderia ser extirpado da Constituição Federal, sob pena de alterada a substância do

³³³ Idem, p. 616.

³³⁴ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 90.

³³⁵ Ibidem, p. 90.

controle difuso, que se constitui em um instrumento de democracia e dá maior segurança ao jurisdicionado com a “maioria” dos membros do tribunal julgando a questão constitucional.

Montesquieu, ao discorrer sobre o princípio da democracia, declarou que em um “Estado popular, torna-se necessária uma força a mais, a saber, a virtude”.³³⁶ E essa “virtude” apresenta-se com maior densidade se deferido a uma maioria de julgadores o poder de extirpar textos que se confrontem com a essência do texto constitucional. É, sem dúvida, a regra contramajoritária onde as minorias podem e devem ser ouvidas pelas majorias; ou seja, quem detém essa jurisdição constitucional pode ser provocado pelas minorias, o que densifica e fortalece a democracia.

Para que se chegue a uma democracia, é preciso que os governantes também obedeçam às leis, pois ninguém está acima da lei – isto é o cerne da possibilidade do controle da execução das leis, – visto que, é claro, igualmente, que o governante “que, levado por maus conselhos ou pela própria negligência, deixar de executar as leis, poderá facilmente reparar o mal: para isso bastará mudar o Conselho ou se corrigir dessa negligência. Porém, quando em um governo popular, as leis não são mais executadas, o Estado já estará perdido, pois isso só pode ser consequência da corrupção da república.”³³⁷

Também, Rousseau, em seu contrato social, propõe um estado ideal que é o resultado de um consenso capaz de garantir os direitos de todos os cidadãos, porque entende que a vontade geral era indestrutivelmente capaz e forjada no vínculo social que, se enfraquecido, enfraquece o próprio Estado:³³⁸

Quando o vínculo afrouxa e o Estado enfraquece; quando principiam a sentir-se os interesses particulares e as pequenas sociedades a influir nas grande, o interesse comum se altera, acha opositores, e não reina mais nos votos a unanimidade; a vontade geral não é a de todos, agitam-se contradições e debates, e o melhor parecer não voga sem disputas.

³³⁶ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 35.

³³⁷ Ibidem.

³³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 99-100.

Por isso, já distinguia a vontade geral da vontade de todos: “esta só fita o interesse comum; aquela só vê o interesse, e não é mais que uma soma de vontades particulares; porém quando tira dessas vontades as mais e as menos, que mutuamente se destroem, resta por soma das diferenças a vontade geral.”³³⁹

Assim, desde o surgimento do Estado como ente capaz de dirigir uma sociedade organizada, são as prescrições de suas leis elaboradas com o fim do bem comum.

Aqui entendido o interesse comum e público, como bem analisa Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴⁰, que se sobrepõe aos interesses individuais na medida em que é a norma de todos estes interesses que visam ao tratamento isonômico de todos: “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem.”

É, pois, dentro do contexto atual, que se torna oportuno o exame das manifestações dos nossos Tribunais sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos na defesa de um Estado Democrático de Direito, devendo principalmente afastar as concepções e as tendências humanas naturais ao autoritarismo e à concentração de poder. É a antítese do Estado Absoluto, que está fundado na concentração e centralização do poder, afastando o consenso dos governados-cidadãos e negando a separação dos poderes de Estado, sequer os reconhecendo como poderes e mais, com total repúdio aos direitos fundamentais.

Cabe aqui, ainda, esclarecer que o princípio democrático só está concretizado e desvelado quando há a integral participação de todos na vida política do país afim de garantir o respeito à soberania popular, entendida essa como poder ilimitado na ordem interna e independente na ordem externa, acatando as regras às quais voluntariamente aderiu. Claro que esta exigência de não-limitação está auto-limitada pelos próprios princípios constitucionais que buscam justamente a efetividade dos

³³⁹ Idem, p. 41.

direitos fundamentais e a manutenção da ordem democrática com respeito aos poderes constituídos e com vistas a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (preâmbulo da Constituição de 1988).

Desta realidade democrática, subjaz a necessidade da manutenção do controle difuso de constitucionalidade para que o Judiciário, horizontalmente, permita sua provocação por qualquer cidadão: para declarar e extirpar do sistema jurídico os textos desconformes com a Constituição. Portanto, se é voz corrente a ligação e a objetividade de uma jurisdição constitucional da forma concentrada, que busca acima de tudo a manutenção de uma unidade interpretativa dos textos legais em cotejo com o texto constitucional, para a manutenção de uma democracia; também, no mesmo espaço e com a mesma força necessária à manutenção da forma difusa de controle, mormente em um Estado Federal que “não é inconveniente para a democracia, ou, menos ainda, que sirva apenas para acobertar oligarquias. Na realidade, a fórmula federativa pode ser um instrumento importante na construção e manutenção de um regime democrático. Só o fato de ser incompatível com a ditadura já recomenda o federalismo.”³⁴¹

A democracia não sobrevive sem um sistema capaz de garantir e concretizar os direitos fundamentais. Por isso, o controle difuso é ferramenta também, capaz de fazer valer os direitos individuais sociais, coletivos ou difusos, mantendo-os e concretizando-os independentemente da intolerância das majorias. É uma possibilidade concreta de defesa dos direitos das minorias, tendo em vista a força vinculante dos direitos fundamentais no âmbito das atividades dos Três Poderes, com

³⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros. p. 59.

³⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1996. p. 75.

particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem para além disso (e em função disso) o controle da constitucionalidade consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É nesse contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais.³⁴²

A partir do exame efetuado dos casos paradigmáticos de arguições de incidente de inconstitucionalidades nos Tribunais eleitos para o estudo, conclui-se, inarredavelmente, pela necessária manutenção desta forma de controle de constitucionalidade, não só para a concretização dos direitos fundamentais, razão da existência do próprio Estado, mas, também, pela ligação estreita e laços indissolúveis com a manutenção do princípio democrático, único capaz de alcançar uma justiça social efetiva e duradoura. De outro lado, o uso ainda diminuto, em alguns casos, deste mecanismo de controle é decorrência do que Lenio Streck denomina de “crise de baixa constitucionalidade” dos operadores do direito, talvez no sentido de agilizar a prestação jurisdicional, mas esquecidos de que esta agilização pode findar com a volta dos casos por força de decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de recursos extraordinários quando o seu fundamento é a ofensa ao artigo 97 da Constituição Federal.

Por derradeiro, se comprovada está, porque escrita no texto constitucional, a exigência da utilização da reserva de plenário, como princípio bastante para provocação da jurisdição constitucional em sua forma difusa; comprovado, também, que, à guisa da técnica de interpretação conforme, vêm os tribunais julgando e excluindo da aplicação determinados textos legais por descompassados com o desvelado pela interpretação do texto constitucional por meio de órgãos fracionários. Tudo por se entender a inconstitucionalidade em decorrência de uma interpretação conforme, apenas como técnica hermenêutica, onde não se afasta o texto legal a ser aplicado, concluindo-se, então, pela possibilidade de tal decisão por órgão

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre:

fracionário. O que, sem sombra de dúvida, está errado, pois tanto a interpretação conforme como a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto são declarações de inconstitucionalidade e defluem do poder jurisdicional constitucional e de uma forma ou de outra afastam para determinadas situações o texto em exame. É o que se vê do voto proferido pelo Min. Moreira Alves na Representação n. 1417:

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como um legislador negativo, porquanto, como salienta Ritterspach (*Legge sul Tribunale Costituzionale della Repubblica Federale di Germania*, pág. 94): “Solo una sentenza che dichiara nulla una legge elimina le legge dall’ordinamento giuridico: há cioè lo stesso effetto che otterebbe il legislatore con la abrogazione; il BVerfG opera in questo caso come un legislatore negativo” (“Só uma sentença que declara nula uma lei a elimina do ordenamento jurídico: tem, assim, o mesmo efeito que obteria o legislador com a ab-rogação; a Corte Constitucional Federal opera, nesse caso, como um legislador negativo”). O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nesta hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – *Teilnchtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova.³⁴³

Destarte, pelo próprio sistema constitucional brasileiro, também a interpretação conforme é instrumento de declaração de inconstitucionalidade e, em assim sendo, incidente o princípio da reserva de plenário, postura que se entende necessária, tanto na interpretação conforme como na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, subespécies da declaração de inconstitucionalidade, onde também se afasta o texto contrário ao texto constitucional.

Há, pois, necessidade de aplicação do art. 97 da CF – “princípio da reserva de plenário” – porque, tanto a interpretação conforme quanto a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, são técnicas interpretativas que

Livraria do Advogado, 2003. p. 351.

³⁴³ Rp. 1417, Relator Moreira Alves, julgado em 09/12/1987, publicado em 15/04/1988, p. 8397.

afastam o texto legal ou ato normativo para determinadas relações que podem reger. Conclui-se que o princípio de reserva de plenário, como condição de eficácia de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, é inarredável se o Tribunal enfrenta questão de constitucionalidade, ou seja, de inaplicação do texto sob exame como se tal texto nunca tivesse sido escrito.

Considerando tudo o que foi exposto, vislumbra-se que, a partir de uma postura crítica e de uma interpretação que busca a essência e a substancialidade do texto do art. 97 da Constituição Federal, visualizado na redação original da Constituição de 1988, “a declaração de inconstitucionalidade”, esta expressão que consta do citado artigo é princípio para todos os casos em que se afasta, se nega existência, vigência e validade ao texto em confronto. Ou seja, se exercido o controle difuso, fazendo-se uma “interpretação conforme” ou uma “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, necessária, também, a arguição do incidente para o Plenário ou Órgão Especial, não podendo o órgão fracionário afastar o texto para determinadas situações *sub judice*.

Portanto, a preservação do controle difuso é forma de manutenção do acesso à jurisdição constitucional por todo e qualquer cidadão, sendo permitido ao julgador de primeiro grau afastar os textos, mas apenas aos Tribunais cabe declarar a inconstitucionalidade incidentalmente com a observância do princípio da reserva de Plenário.

CONCLUSÃO

No Brasil, o regime difuso de controle de constitucionalidade teve suas primeiras bases com o Decreto 848, de 1890, que, ao instituir a Justiça Federal, atribuiu ao Judiciário o poder de interpretar as leis.

É a partir daí que a função de controle da constitucionalidade das leis nasce para o Poder Judiciário brasileiro, sendo reflexo do pensamento liberal que orientou a formação do Governo Provisório. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada pelo Congresso Nacional, em 24 de fevereiro de 1891, ao tratar do STF em seu artigo 59, § 1º, “a” e “b”, também atribuiu ao Judiciário a fiscalização da legitimidade das leis.³⁴⁴

Nasce, assim, com a República, a jurisdição constitucional, com nítida inspiração do *judicial review*. Defendido, primeiramente, por Rui Barbosa, tal poder

³⁴⁴ Cabe observar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1891 foi antecedida por um texto constitucional provisório, publicado pelo Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, que imediatamente passara a vigorar, na pendência de julgamento pelo Congresso Constituinte. Tal diploma constitucional provisório já previa, em seu art. 58, § 1º, *a e b*, o que, sem significativas alterações, foi previsto no art. 59, § 1º, *a e b*, da Constituição de 1891, cujo teor é o seguinte:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

fiscalizatório da constitucionalidade das leis é atribuído ao Poder Judiciário, para que se negasse execução aos atos viciados, mantendo-se o direito do prejudicado.³⁴⁵

Deixando ainda mais claro o modelo de controle adotado pelo Brasil, a Lei Federal n. 221, de 20 de novembro de 1894, estabeleceu em seu artigo 13, § 10, que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Tal controle não absorveu, todavia, a substância do *stare decisis* americano, uma vez que não lançava efeitos a todos, gerava efeitos apenas entre as partes, avançou o texto constitucional mas não avançaram os magistrados do STF, incapazes de “olhar o novo”, com olhos novos, como diz Lenio Streck.³⁴⁶

Somente em 1934, a Constituição brasileira acresce a este controle o regime de reserva de Plenário quando dispõe, em seu artigo 179 que “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”. Começa, então, a ser delineado um controle difuso e concreto, a ser exercido pela maioria dos membros dos Tribunais. Tal inserção tem o condão de reforçar o Judiciário como Poder capaz de coibir a vigência de leis contra o sistema da Constituição.

Ao lado dessa fórmula, como medida para compensar a ausência dos efeitos *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, atribuiu-se ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (arts. 91, IV, e 96). A Constituição de 1934 criou, ademais, a representação interventiva, atribuída ao Procurador-Geral da República e que se tratava “de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que

³⁴⁵ Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal, *in Obras Completas de Rui Barbosa*, V. XX, 1983.

³⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 434-5.

condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º) à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º).³⁴⁷

Ao longo desse trabalho, verificou-se a estreita ligação entre o controle difuso de constitucionalidade e a manutenção do Estado Democrático de Direito. Constatou-se que as origens do controle de constitucionalidade no regime difuso provém do constitucionalismo americano, tecendo-se para tanto breve relato sobre as matrizes da jurisdição constitucional.

Ao examinar os casos paradigmáticos de decisão em sede de controle difuso, ficou constatada uma mínima utilização deste controle pelos Tribunais em exame, como se vê dos números de feitos julgados em relação ao número de incidentes argüidos.

Com base em um constitucionalismo social que se desenrolou fundado no princípio da igualdade vinculado à noção de justiça, verificou-se da necessidade de uma mudança radical de postura para que se efetive a utilização do controle difuso de constitucionalidade.

O art. 97 da Constituição Federal é texto de aplicação cogente, como bem demonstram as várias decisões do STF, nas quais houve a devolução do processo ao Tribunal “ad quo” para fins de argüição de incidente³⁴⁸.

³⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-99. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39.

³⁴⁸ Conforme se vê do AI 475133 (Rel. Min. Cesar Peluso, DJ 04.05.2005, p. 30): “Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu processamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, adotando os fundamentos da sentença, considerou medida inconstitucional a pretensão do Estado de condicionar a liberação de veículo apreendido em situação irregular, ao pagamento das multas de trânsito. Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, a e b, a constitucionalidade do art. 262, § 2º do CTB e, ainda, que houve violação ao art. 97 da Constituição Federal. 2. Consistente o recurso. O acórdão recorrido valeu-se da fundamentação da sentença que dispôs: “Por sua vez, o art. 262 do CTB, em seu parágrafo 2º, estabelece que a “restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante prévio pagamento das multas impostas...” Vincular-se, porém, a liberação do veículo ao pagamento da multa é medida inconstitucional que fere não só o direito de propriedade, como o devido processo legal, uma vez que o Poder Público tem instrumentos processuais administrativos e judiciais para receber seus créditos, onde não se encontra o recolhimento de bens. (...) Isto posto, CONCEDO a segurança para o fim único de liberar-se o veículo em favor do impetrante, independentemente do pagamento das multas a ele vinculadas, que deverão ser executadas na via própria.” (fls. 38/39) Ora, este Tribunal já se manifestou a respeito: “EMENTA: I. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quorum qualificado (Constituição, art. 97): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram

Vislumbra-se, claramente, a posição defendida pelo STF quando anula acórdão dos Tribunais de Apelação para que seja processado o incidente de inconstitucionalidade em obediência ao comando do art. 97 da Constituição Federal.

Quanto aos efeitos da declaração em sede de controle difuso, vê-se que desbordam do efeito entre as partes, gerando a vinculação ao Tribunal de Apelação nos demais feitos em que se deva conhecer do texto afastado pelo acolhimento do incidente de inconstitucionalidade. É, pois, do próprio princípio da reserva de plenário que nasce a natural vinculação aos órgãos fracionários dos Tribunais.

O exercício do controle difuso de constitucionalidade está umbilicalmente ligado ao modelo de Estado Democrático de Direito. Veja-se que dos três Poderes do Estado, o Legislativo diz-se vertical, o Executivo, vertical e o Judiciário, vertical e horizontal. Tal configuração permite o necessário equilíbrio para manutenção da própria independência dos Poderes, já mencionado por Montesquieu, para quem a repartição do exercício do poder era impeditivo da concentração do poder que levaria a abusos capazes de comprometer a liberdade dos cidadãos. Ou melhor, o sistema de tripartição dos poderes do Estado servia como freios e contrapesos da própria manutenção do poder.

Várias são as conclusões que se podem tirar das arguições examinadas – posições firmes quanto ao não-cabimento em sede de inquérito policial e, comprovando o exercício do poder de controle difuso, entendendo incabível quando não aproveita a nenhum dos recorrentes a análise da questão constitucional.

Por fim, resta comprovado que a horizontalidade do modelo brasileiro de controle difuso da constitucionalidade faz parte imprescindível da manutenção da independência e harmonia dos Poderes da República Brasileira, de forma que a

inicialmente estabelecidas as exigências. II. Controle de constitucionalidade; reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.” (RE nº 240.096, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 21.05.1999) O acórdão impugnado, ao adotar os fundamentos da sentença, afastou a aplicação do artigo 262 do CTB por considerá-lo incompatível com a Constituição sem, contudo, observar o preceito do artigo 97, que restou violado. 3. Do exposto, com base no disposto no art. 544, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98 e pela Lei nº 8.950/94, acolho o agravo de

verticalidade do Executivo e do Legislativo, bem como do próprio controle concentrado de constitucionalidade, fique equilibrada o suficiente como determinante da manutenção da democracia em uma sociedade plural onde a busca e a concretização dos direitos de todos e de cada um dos cidadãos seja a mola propulsora das atribuições deferidas pelo texto constitucional a todos os atores do sistema.

De outro lado, a constatação feita pela análise de todas as decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região em confronto com os dados estatísticos oficiais demonstra, sem qualquer crítica, uma ainda baixa consciência da necessária alteração de postura que permita o desvelamento do texto constitucional em suas regras e seus princípios.

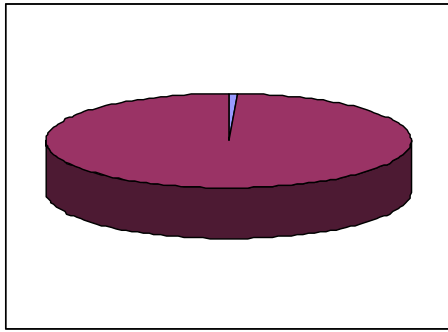
Considerando, finalmente, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região é um dos cinco Tribunais de Apelação com competência federal³⁴⁹ e, forte na estatística apresentada junto ao Conselho da Justiça Federal, verifica-se que o mencionado Tribunal detém 28,7%³⁵⁰ de toda distribuição dos feitos regionais, numa média referente ao período de 2000 a 2005, o que comprova efetivamente a baixa constitucionalidade, ou seja, a baixa utilização do controle difuso, tendo em vista que no período examinado, foram julgados apenas 26 incidentes num total de 637.060 processos³⁵¹, conforme gráfico que segue:

instrumento, para desde logo conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, para anular o acórdão recorrido, a fim de que outro seja prolatado, com observância ao disposto no artigo 97 da Constituição.”

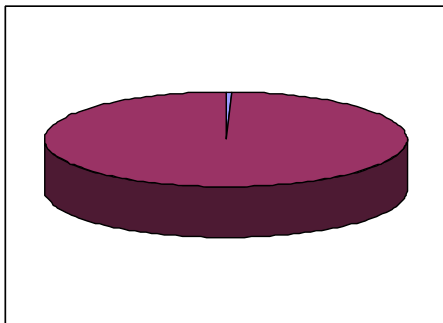
³⁴⁹ O âmbito de jurisdição de cada Tribunal corresponde, pois, ao seguinte: **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, com sede em Brasília, abrangendo os Estados de Minas Gerais, Goiás, Bahia, Piauí, Pará, Maranhão, Tocantins, Rondônia, Roraima, Acre, Amazonas, Amapá, Mato Grosso e Distrito Federal; **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, sediado no Rio de Janeiro, com jurisdição sobre os Estados de Rio de Janeiro e Espírito Santo; **Tribunal Regional da 3ª Região**, com sede em São Paulo, abrangendo os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul; **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, compreendendo os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná; **Tribunal Regional da 5ª Região**, com sede em Recife, jurisdicionando os Estados do Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas e Sergipe.

³⁵⁰ Em números, esse percentual representa a distribuição de 857.176 processos ao TRF da 4ª Região, dos 2.983.690 distribuídos aos cinco Regionais. (fonte: <http://daleth.cjf.gov.br/atlas/Internet/MPTRFtab.htm>).

³⁵¹ Quanto ao total de processos julgados, conferir: <http://daleth.cjf.gov.br/atlas/Internet/MPTRFtab.htm>.



Da mesma forma, evidente a baixa constitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça, que, no período de 2000 a 2005, julgou apenas 4 incidentes de inconstitucionalidade num total de 1.254.493 processos julgados nesse mesmo período. As arguições de inconstitucionalidade julgadas representam, pois, parcela insignificante diante do número de processos julgados pelo Tribunal, conforme gráfico ilustrativo:



Importante consideração partindo da máxima final de Matteucci de que sem direito não há liberdade, conclui-se que, para se pensar em Democracia, como o governo para todos, os poderes públicos devem estar equilibrados e preenchendo os espaços constitucionalmente a eles determinados. Esta Democracia, este Estado Democrático, só terá uma vida saudável, com a inclusão social, a distribuição de renda equilibrada, com a higidez dos poderes constituídos por meio de uma efetiva jurisdição constitucional que irradia, pelo controle difuso de constitucionalidade, a possibilidade de afastar da vigência e validade todo ato e texto legal desconformes com o texto constitucional por todo e qualquer cidadão que se sinta lesado ou ameaçado por texto que entenda contrário ao texto constitucional.

É, pois, o controle difuso, nos moldes postos no sistema jurídico brasileiro, instrumento capaz de permear e irradiar poder aos governados-cidadãos, poder este que fará ressurgir o sentido posto no texto constitucional, porque, em outros termos,

como ayer el constitucionalismo tuvo que aceptar el desafío del Estado absoluto, así hoy debe afrontar el del “sistema”, entendiendo con este término una forma de organización del poder donde se maximizan las interdependencias, se anulan las distinciones entre privado y público, sociedad civil y Estado, moral y política, economía y ordenamiento jurídico, basada en normas generales y abstractas; una organización del poder en la que la sociedad de masas, mientras atomiza a los individuos, permite fácilmente su manipulación a través de tecnoestructuras burocráticas, por lo que la formación de un consenso real queda obstaculizada y la protección de los derechos del individuo seriamente comprometida. Estos nuevos problemas pueden ser todavía afrontados y resueltos inspirándose en el viejo principio de la iurisdictio, ya que sin derecho no es posible la libertad.³⁵²

Ao fim e ao cabo, cabe refletir sobre a presente necessidade de se efetivar a utilização do controle difuso obedecendo-se o princípio da reserva de plenário, em razão da importância dos efeitos destas decisões que, sem sombra de dúvida, irradiam efeitos sobre os feitos dirigidos aos Tribunais de Apelação e, inclusive, com a possibilidade de exame da constitucionalidade em sede de recurso especial, no STJ.

O controle difuso é forma de concretização do princípio constitucional capaz de irradiar ou capilarizar o direito dos cidadãos de oporem aos poderes constituídos suas irresignações com atos e textos legais desconformes com o texto constitucional. Isto é, tem-se certeza de uma forma de fortalecimento do Estado Democrático de Direito na medida em que se mantém a essência da Constituição, figurando-se casos, em que a utilização do controle concentrado torna-se desnecessária em face do afastamento do texto pelos Tribunais de apelação ou pelo STJ.

Como bem anota Copetti,

³⁵² MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madri: Editorial Trotta, 1988. p. 291.

Essa necessidade de reconstrução de nosso modelo institucional, com a redefinição das atribuições e competências clássicas, decorre também da alteração das concepções de democracia e garantia forjadas a partir do paradigma constitucional. De noções liberal-individualistas, assentadas em fundamentos basicamente formais, passamos para concepções democráticas e garantistas substanciais, nas quais os conteúdos éticos normatizados passam a ser preponderantes sobre formas e procedimentos que sempre lastrearam a legitimidade das atuações e produtos decisórios dos poderes públicos.

Nesse sentido, enquanto nos modelos liberais havia um sentido que levava as decisões públicas a uma constante tentativa de normatização do político, numa busca constante de certeza e determinação institucional, nos modelos democráticos de direito, este sentido inverteu-se, estando agora num fluxo contrário que determina muito mais, a politização do jurídico. E nesta perspectiva, o Poder judiciário tem que assumir uma nova postura, um tanto quanto mais política, uma vez que a ele também cabe, ao lado dos demais poderes, dar uma nova dimensão concreta às normas e princípios constitucionais, antes tratados como meros programas futuros, dependentes especialmente de ações do Poder Executivo para a sua realização.³⁵³

A manutenção do controle difuso, em realidade, que se torna cada vez mais multiplicado, por várias razões, em país continental e diversificado, em sociedade plural, em estado de direito, às vezes incapaz de concretizar direitos fundamentais, em função muitas vezes do excesso de formalismo para a oposição da ação de controle concentrado, torna-se instrumento capaz de garantir substancialmente as concepções democráticas.

Ao longo da pesquisa efetuada, é de se concluir não só sobre a necessidade de manutenção no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a sua característica mista, ou seja, a manutenção da horizontalidade da jurisdição constitucional exercida nos Tribunais de Apelação e no STJ, bem como a missão e o objetivo do controle do princípio democrático. Isto é, não só se permite e se autoriza à maioria absoluta dos membros do Plenário ou Corte Especial dos Tribunais de Apelação tal controle de constitucionalidade, bem como se autoriza a insurgência de qualquer cidadão contra lei ou ato normativo que entenda contrário ao texto constitucional. E isto é vital porque as minorias têm neste espaço a capacidade de

³⁵³ COPETTI, André. **A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito**. Revista de estudos criminais 7, 2002. P. 19/44. P. 44.

afastar texto legislativo e atos normativos aprovados e expedidos pelas maiorias representadas em todos os Poderes da República.

Em um país de assombroso contraste social e econômico, em país de abismos culturais a efetiva existência da democracia há que passar pelo crivo múltiplo das vontades de todos os governados, por isso mesmo que se venha formando jurisprudência no STF sobre a identidade dos efeitos das decisões em controle concentrado e em controle difuso no âmbito da Corte Constitucional, como se vê da decisão sobre os crimes hediondos (Rcl 4335/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes), a provocação do controle difuso continua afirmado como necessária à manutenção da higidez do sistema, senão não teria o STF estendido os efeitos para todos em sede de controle difuso no exemplo já citado.

É de ser constatado, por outro lado, que a matéria mesmo não pacífica em sede doutrinária o STF entendeu que “a não-publicação pelo Senado de resolução que nos termos do artigo 52,X, da Constituição Federal suspenderia a execução da Lei declarada inconstitucional pelo Supremo não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica”, tendo em vista que o “Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais”.

O importante, ao fim e ao cabo, é a conclusão firme de que, ao interpretar o texto do art. 97 da Constituição Federal, vislumbra-se a nitidez do princípio de reserva de Plenário como norte a manter o sistema difuso de controle de constitucionalidade capaz de equilibrar os cidadãos quando lesados ou ameaçados de verem ser aplicados os textos contrários ao texto constitucional. E isto tudo só poder ser efetivado por meio de uma postura nova, onde se busca o princípio por detrás da regra e onde se vislumbra a horizontalidade do Judiciário em face da verticalidade do Legislativo e do Executivo.

Tudo isto leva sempre à afirmativa de que a manutenção do controle difuso é requisito também de integridade da democracia, bem como necessária uma “alta constitucionalidade” para que isto se realize.

A Constituição serve como regra contramajoritária para impedir àqueles que assumem o poder político tomarem o Estado como coisa sua.

Se a própria estabilidade do Estado Constitucional fulcra-se na existência de regras e princípios regedores das situações sociais, o controle difuso é mecanismo apto a dar concretude e eficiência à regra contramajoritária.

Entendendo-se que a formação do Estado é necessária para a sociedade representando também, uma ameaça e que se torna vital para a vida e sobrevivência desta sociedade plural mecanismos que anulem a tensão entre a democracia e o constitucionalismo, manifesta-se, então, a jurisdição constitucional como forma de frear o arbítrio, bem como de permitir a concretização dos anseios das minorias.

Ademais, embora não exista um conceito único de democracia e constitucionalismo, neste trabalho, busca-se a partir da Constituição Brasileira concluir-se que a aventada existência de tensão entre o constitucionalismo e a democracia torna-se inexistente e sem efeitos danosos com a concretização da jurisdição constitucional, equilíbrio e freio dos poderes arbitrários dos governantes.

Com razão, pois, Cass Sunstein quando conclui : *“La democracia no è un concepto unitario, lo mismo puede...del³⁵⁴ constitucionalismo. Si interpretamos la democracia en términos pluralistas, será difícil defender el constitucionalismo y, más particularmente, la revisión judicial. Pero hay razones para desconfiar de las políticas pluralistas, las cuales consideran que la actual distribución de la riqueza, así como el conjunto de preferencias son exógenos, por lo que resulta difícil defenderlos aun sobre sus propias premisas. Una de las funciones del constitucionalismo es*

³⁵⁴ SUNSTEIN, Cass in ELSTER, Jon. *Op. Cit. p. 368*: “Todas estas estrategias representan riesgos, así como beneficios. Mas para todas ellas, un objetivo central de la democracia constitucional es asegurar un ámbito para la discusión pública y para la selección colectiva de preferencias, que nos preserven de los peligros de la tiranía faccionaria y de la representación interesada. Todo ello sugiere que es difícil analizar la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia en abstracto. Algunas constituciones pueden promover la democracia; otras, subvertirla. No hay una tensión inevitable entre democracia y constitucionalismo. En el futuro, la tarea consistirá en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas.”

ponernos en guardia contra las políticas pluralistas o, al menos, limitar sus características más perniciosas.”

O Estado Democrático de Direito assentando-se na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais necessita para que haja uma participação isonômica dos sujeitos de direito no processo de formação das decisões políticas de elementos, ou melhor, mecanismos capazes de impedir sejam as decisões políticas simples reproduções da vontade da maioria que não se igualam à “vontade geral”. Nasce, aí, a constatação de que o texto constitucional, se aplicado e filtrado pela prevalência dos princípios regedores de toda a sociedade organizada, é a regra contramajoritária capaz de proibir o arbítrio e a intolerância.

E este freio consubstancia-se para este trabalho na utilização do controle difuso como mecanismo capaz de superar as desigualdades entre os cidadãos.

Tanto isto é importante que vem o Supremo Tribunal Federal por decisões, inclusive monocráticas, determinando aos Tribunais de Apelação que apreciem as questões relativas à constitucionalidade de textos legais, cassando as decisões que não as enfrentaram por seus plenários ou órgãos especiais. Tanto no que diz com textos posteriores a atual Constituição como em relação a textos anteriores a 1988, o que leva ao convencimento de que o controle difuso mantém viva a capacidade postulatória de todo e qualquer sujeito de direito para que veja enfrentada a questão de constitucionalidade em obediência ao princípio da reserva de Plenário.

Reafirmando-se, inclusive, no que diz com o controle difuso no Superior Tribunal de Justiça, já que o Superior Tribunal de Justiça exerce como qualquer outro órgão judicante o controle difuso de constitucionalidade, a realidade de não ser tal controle confundido com a impossibilidade de se conhecer do recurso especial³⁵⁵.

³⁵⁵ Um exemplo que deixa clara essa posição é o da seguinte decisão monocrática: “1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou ilegítima a cobrança de multa fiscal moratória contra massa falida. Alega a União que o órgão fracionário da Corte de origem, em desrespeito ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/88), declarou a inconstitucionalidade do art. 9º do DL 1.893/81, com fundamento em precedente do Plenário do extinto Tribunal Federal de Recursos. 2. A norma constitucional em questão determina que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou, quando houver, dos integrantes do respectivo órgão especial. E essa exigência é de ser observada tanto em sede de controle abstrato, quanto na via de controle incidental. Nesse sentido é o

Confirma-se, assim, pela Corte Constitucional brasileira a posição adotada ao longo deste trabalho da investidura de todos os órgãos judicantes nacionais de poder difuso de controle de constitucionalidade, concreto e obrigatório de ser efetuado, também, pelo julgador de primeiro grau, embora não “declare a inconstitucionalidade”, efetua sim o controle dos atos e textos sobre os quais decide a lide posta. Enquanto nos Tribunais de Apelação e no Superior Tribunal de Justiça, tal controle observa o princípio da reserva de Plenário originando-se daí efeitos que vinculam os órgãos fracionários dos respectivos Tribunais.

Há, ainda, a reforçar a tese de instrumento de democracia e de mecanismo das minorias contra as maiorias dominantes, do uso deste incidente de controle concreto e difuso de constitucionalidade, a atual posição esposada pelo Min. Gilmar Mendes em dar efeitos idênticos às ações de controle direto e às decisões de recursos extraordinários como se vê do voto:

Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico “*overruling*”, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas. Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do art. 27 da lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex*

entendimento da Primeira Turma desta Corte, que, no RE 179.170, rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJ de 30/10/98, assentou: "Controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica. Art. 97 da Constituição Federal. - A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica "incidenter tantum", e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica "incidenter tantum" quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no artigo 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido." A Primeira Turma desta Corte examinou caso similar ao dos autos no julgamento do RE 353.593, rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJ de 29/11/2002. 3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário, para cassar a decisão recorrida, a fim de que seja a questão de inconstitucionalidade submetida ao órgão competente" (RE 351735/RS, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 31/08/2004, publicado no DJU de 29/09/2004, p. 74). No mesmo sentido, as seguintes decisões: AI 420038/RS, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 12/08/2005, publicado no DJU de 23/08/2005, p. 15; RE 368722/PR, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 08/09/2005, publicado no DJU de 27/09/2005, p. 45; RE 460833/RS, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 06/06/2006, publicado no DJU de 14/06/2006, p. 42; RE 458529/RN, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/05/2006, publicado no DJU de 26/06/2006, p. 60; RE 371744/PE, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05/06/2006, publicado no DJU de 23/06/2006, p. 101; AI 548131/PR, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 12/09/2005, publicado no DJU de 21/09/2005, p. 30.

nunc deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.³⁵⁶

Com isto, mais se necessita sufragar a manutenção deste tipo de controle porque a provocação no controle direto está limitada a sua legitimidade ativa como se vê no texto constitucional.

Assim, por força de um único sujeito de direito que postulou e viu seu processo chegar ao Supremo Tribunal Federal a extensão dos efeitos do seu recurso extraordinário nos moldes dos efeitos do controle concentrado e abstrato fortalece a tese de que é este sim uma regra contramajoritária, o que implica, portanto, na força de sua validade no sistema.

A hipótese enfrentada neste trabalho é a da necessidade de manutenção da jurisdição constitucional, em seu sistema difuso de controle de constitucionalidade com obediência ao princípio da reserva de Plenário sob pena de atos anti-democráticos. Tudo sob o entendimento de que a democracia necessária para este século “o governo do povo”, é aquele capaz de conter em seu poder político eleito a total representação de todos os governados de forma que as minorias não se tornem escravas da vontade das maiorias representadas no Poder Político. E é na utilização do controle difuso, claro que não se está a fazer apologia contra o controle concentrado e abstrato, que não foi objeto do trabalho, e em face da grandiosidade e pluralidades dos problemas brasileiros a manutenção deste sistema misto, ou seja, o fortalecimento do controle difuso de constitucionalidade que o fazem o juiz de primeiro grau, os Tribunais de Apelação, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Tudo porque se fortalece a capacidade postulatória de um sujeito diretamente contra o que entende inconstitucional e contra o ato que o faz sofrer ameaça ou lesão em seu direito. Independente dos legitimados a provocarem o controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, o poder postulatório pela provocação do Poder Judiciário em todas as suas instâncias é instrumento de reforço da regra contra-majoritária.

³⁵⁶ Relator Min. Marco Aurélio. Decisão de 23/02/2006, DJ de 01/09/2006.

A própria Constituição se interpretada com uma postura hermenêutica-filosófica onde a resposta, a solução só pode ser única em face do texto constitucional é a regra contra-majoritária por excelência. E é no exercício da jurisdição constitucional que se vê a eficácia dos direitos das minorias quando contrapostas ao poder das maiorias. De outro lado, em face da pesquisa efetuada das decisões apresentadas e da conclusão de, ainda, viver-se um Estado de “baixa constitucionalidade”³⁵⁷, já citada, vê-se como que uma luz no fim do túnel o que vem sendo comprovado pelo grande aumento anual no Tribunal Regional Federal da 4ª Região dos incidentes de constitucionalidade argüidos.³⁵⁸

De outro lado, a posição que vem firmada quanto aos efeitos de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, como se viu do voto do Min. Gilmar Mendes, mencionado acima, fortalece a conclusão desta tese porque se não fora a irresignação de um sujeito de direito cujo feito subiu ao Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, não se estaria no tempo mais rápido a solver-se para todos a inconstitucionalidade reconhecida.

Fortalecido sai o controle difuso, que propiciou a última palavra sobre a constitucionalidade do texto legal citado, afastando-o para todos os efeitos, ou seja, estendendo ao controle difuso os efeitos do controle concentrado.

Ainda, a fortalecer a conclusão da hipótese proposta, estão as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em cassar acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, já que estas foram as manifestações decisórias analisadas neste trabalho, determinando o exame do

³⁵⁷ Cf. STRECK, Lenio, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³⁵⁸ Foram analisadas as argüições nos seguintes processos: MS n. 1998.04.01.049838-5; AI n. 1999.04.01.009782-6; AMS n. 1999.04.01.080274-1; AI n. 1999.04.01.096481-9; REO n. 1998.04.01.080564-6; AI n. 2000.04.01.092228-3; AC n. 1999.72.05.008186-1; AMS n. 1999.70.05.003502-0; AC n. 1998.04.01.023654-8; AC n. 2000.72.05.002704-4; AC n. 1998.04.01.020236-8; AC n. 1999.04.01.091492-0; AC n. 2001.71.07.003181-0; AI n. 2002.04.01.003025-3; AR n. 2000.04.01.099687-4; AI n. 2002.04.01.018302-1; AMS n. 2001.70.09.000865-6; AMS n. 1999.70.00.032180-0; AMS n. 2000.70.00.009090-8; AMS n. 2001.71.00.006159-9; AMS n. 96.04.59407-9; AC n. 97.04.29527-8; ACO n. 2003.04.01.037209-0; AC n. 96.04.28893-8; AMS n. 2002.72.05.002803-3; AC n. 2001.71.00.004856-0.

incidente de inconstitucionalidade pelo órgão especial ou Plenário em obediência ao art. 97 da Constituição Federal.

Tais manifestações do Supremo Tribunal Federal fortalecem a tese e respondem à hipótese ora levantada ao longo deste trabalho de que necessária a submissão ao princípio da reserva de Plenário e o exame da constitucionalidade do texto *sub judice* mesmo nos casos de textos legais anteriores a atual ordem constitucional, com o que fortalecido o entendimento de que o instituto denominado de não-recepção pela nova ordem, não destrói a inconstitucionalidade existente em texto legal frente à ordem constitucional anterior e do qual fluíram efeitos ora contestados frente ao Judiciário.

De tais considerações, a conclusão firme é de que, no sistema constitucional brasileiro, chega-se a grandes avanços quando admitindo-se uma consciência dos princípios constitucionais e desvelando-os nas manifestações decisórias, está hígido e plenamente insubstituível o controle difuso de constitucionalidade.

Mas a assimetria da legislação quanto a determinado objeto permitiu ao Supremo Tribunal Federal revogar a Súmula 506, conforme se vê do Agravo na Suspensão de Segurança 1945-7: “Extensão da disciplina prevista na Lei n. 8.437/1992 à hipótese de indeferimento do pedido de suspensão em mandado de segurança. 5. Admissibilidade do agravo nas decisões que deferem ou indeferem a suspensão de segurança” (Relator Min. Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/12/2002, publicado no DJU de 01/08/2003).

Esta postura em face de uma “lacuna de regulação” representa uma quebra de paradigmas que só vem em prol de uma postura de “alta constitucionalidade”.

A conclusão ora expressada demonstra que o presente trabalho vem formado e fundado em uma posição hermenêutica que a partir de uma postura crítica busca sempre a substancialidade das regras e princípios constitucionais. Somente centrada neste paradigma tornou-se possível o firme convencimento da essencialidade do controle difuso de constitucionalidade como forma de manutenção da democracia com o que prestigiada a vontade das minorias que assim se

transmutam em legitimadas a provocar a jurisdição constitucional sob o sistema de controle difuso e buscarem a concretização dos direitos que entendem ameaçados ou lesados por ofensa ao disposto na Constituição Federal.

Aliás, como bem anota Lenio Luiz Streck,

o século XX mostrou-se generoso para com o direito e a filosofia. Ao que interessa para o desenvolvimento destas reflexões, pelo menos duas grandes revoluções alteraram significativamente os rumos das ciências do espírito. Com efeito, no campo jurídico, o direito público assume um lugar cimeiro, a partir da incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito adquire uma função transformadora, uma vez que os textos constitucionais contêm a explicitação das possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro. Essa revolução copernicana atravessou o direito público em todos os seus ramos, fazendo com que as relações privadas perdessem a autonomia que haviam adquirido no modelo formal-burguês de direito e de Estado. Já no *campo filosófico*, operou-se uma verdadeira invasão da filosofia pela linguagem, proporcionando uma revolução no modo de compreender o mundo. Supera-se, assim, o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Afinal, se no paradigma da metafísica clássica os sentidos “estavam” nas coisas e na metafísica moderna “na mente” (consciência de si do pensamento pensante), nessa verdadeira guinada pós-metafísica *os sentidos passam a se dar na e pela linguagem*. As conseqüências dessa viragem lingüístico-ontológica são incomensuráveis para a interpretação do direito. *De terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, a linguagem passa a condição de condição de possibilidade*. Para além dos objetivismos e subjetivismos, a hermenêutica filosófica abre um novo espaço para a compreensão do direito e tudo o que representa a revolução copernicana proporcionada pelo novo constitucionalismo. Em outras palavras, essa segunda revolução é condição de possibilidade para o acontecer da primeira. Passamos, pois, do fundamental para o compreender.”³⁵⁹

³⁵⁹ STRECK, L.L. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate: positivismo x (neo) constitucionalismo. In Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (org). Diálogos constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 265-320.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

APPIO, Eduardo. **Controle de constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BARROS, Sérgio Resende de. Função do Senado no controle de constitucionalidade. **Ajuris**, (91), setembro de 2003.

BETTI, Emilio, **Teoria generale della interpretazione**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1955, cap. II e III.

BLANCO, Carlos Nieto. **La conciencia lingüística de la filosofía**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero; traduzido por Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 11ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CALMON DOS PASSOS, J.J. – **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic, 2000.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Interpretação da lei e arbítrio judicial (direito romano e atual). *In: Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. SANTOS, J. M. de Carvalho (org.). Rio de Janeiro: Borsoi, v. 28, 1947.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **Introdução à história do Direito**. Ibrad-Cesusc, 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. **Eqüidade e Jurisdição Constitucional**: Notas sobre a Determinação Normativa dos Direitos Constitucionais, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, nº 111, 1991.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal Brasileira (1891)**. Brasília: Senado Federal, 2002.

CHIARLONI, Sérgio. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Turim: Giappichelli, 1975.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CORRÊA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONCEIÇÃO JÚNIOR, Hermes Siedler da. **A Jurisdição constitucional – A liberdade de Conformação do legislador e a questão da legitimidade**, *Revista da AJUFERGS, Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul*, nº1, 2003.

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. **Áustria. Iugoslávia**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987. V. 5.

COPETTI, André. **A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito**. Revista de estudos criminais 7, 2002.

_____; MORAIS, José Bolzan de. **Ensino Jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito**: Possibilidade e Perspectivas para o Estabelecimento de um novo Paradigma, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 3, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Diálogos constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CRISAFULLI, V. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milão, 1952.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986.

DAVID, Rene. Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo. Tradução de Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DESCARTES, René. **Discurso do método**: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. São Paulo: Paulus, 2002.

DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y Sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

ELSTER, Jon Y SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y Democracia**. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Giurisdizione e democrazia**, Revista Ajuris, Porto Alegre, n. 75, set. 1999.

_____. **A soberania do mundo moderno**. Tradução de Carlo Cocchioli e Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução de Manuel A. D. de Andrade. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934.

FIGUEIRA JÚNIOR, José Dias. **Acesso à Justiça e Tutelas de Urgência - O pleno Acesso à Ordem Jurídica Justa e a Efetividade do Processo**. *Jurisprudência Catarinense*, n. 73, jul./dez. 1993.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **Constitucionalismo Garantista y Democracia**. *In Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. N. 22. Jul/dez 2003. Curitiba: Unibrasil, 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método; traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCIA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1982.

_____. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1950.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica**, São Paulo, 1990.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

_____. **Pensamento pós-metafísico**. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HAMILTON, Alexander; JAY, John & MADISON, James. **Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral**. Apresentação de Isaac Kramnick. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. v. 1. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A ilusão da justiça**. Tradução de Sérgio Tellaroni. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIMMINICH, Otto. **A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Anke Schlimm. Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, nº 105, 1990.

LASALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. Tradução de Adelino Cardoso. Lisboa: Colibri, 1993.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito** – uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio Liebman. *L'azione nella teoria del processo civile*, Problemi del Processo Civile. Milano: Morano Editore, 1962.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Apresentação Isaac Kramnick; tradução Maria Luiza X. de A. Borges. **Os artigos federalistas, 1787-1788**: edição integral /– Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia alemã**. Tradução de Frank Müller. São Paulo: Martins Claret, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução de Carlos Serra. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1985.

_____. A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal. *In* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, parte geral. Tomo I.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Uma Democracia Federal. Novos lugares para a política democrática**. *In* Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista do Tribunal, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce homo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal, *in* **Obras Completas de Rui Barbosa**, V. XX. Rio de Janeiro: Editora Ministério da Educação e Saúde, 1893.

PICAZO, Luís-Diez. **Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro**. *In* Anuário de Derecho Civil, 1983.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo, Saraiva, 1994.

RORTY, Richard. **El giro lingüístico**. Tradução de Gabriel Bello. Barcelona: Paidós, 1990.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ejea, 1955.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo. Martin Claret, 2005.

SALLES, M. Ferraz de Campos. **Exposição de Motivos do Decreto n. 848, de 11/10/1890**. In: *BRASIL*, 1993.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reiventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto – Semelhanças e diferenças**. In Verbis, *Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil*, nº 31.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: do Advogado, 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. Controle de constitucionalidade e justiça constitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira & TAVARES, André Ramos. **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 5. ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000

STERN, Klaus. **O Juiz e a Aplicação do Direito**. In *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRATHERN, Paul. **Nietzsche em 90 minutos**. Tradução de Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **As interpretações telefônicas e os direitos fundamentais /constituição- cidadania-violência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**. São Paulo: Forense, 2003.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da Constituição: A tarefa de uma nova crítica do Direito**. IN: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: UNISINOS - Centro de Ciências Jurídicas, 2000.

_____; ROCHA, Leonel Severo. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. *Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coord. **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THON, August. **Norma giuridica e diritto soggettivo**. Pádua: Ceda, 1951.

TRIBE, Lawrence. **American Constitutional Law**. 2^aed. Mineola: Foundation Press, 1988.

WARAT, Luis Alberto, **O direito e sua linguagem**, Port Alegre, Fabris, 1995.

WEISCHEDEL, Wilhelm. **A escada dos fundos da filosofia**: a vida cotidiana e o pensamento de 34 grandes filósofos. Tradução de Edson Dognaldo Gil. São Paulo: Angra, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZUGNO, Jorge Alberto. Efeitos da suspensão da execução de leis e atos normativos declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal através de resolução do Senado Federal. **Faculdade de Direito da PUCRS**: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.